Rechte des Käufers infolge Lieferung einer „anderen Sache“ beim Gattungskauf nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät der Universität Marburg

vorgelegt von

Hermann Pörtner

Amtsrichter aus Enger i. Westfalen.

Druck von Robert Noske, Borna-Leipzig

Großbetrieb für Dissertationsdruck

1919.

Referent: Geh. Rat Professor Dr. Leonhard.

Meiner lieben Mutter

in Dankbarkeit gewidmet.

Literaturverzeichnis.

Windscheid-Kipp, Pandekten. 8. Aufl. 1900.
Dernburg, Pandekten. 6. Aufl. 1900.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. 6. Aufl. 1892.
Wanjeck, Preußisches und deutsches Zivilrecht. 1897.
Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. 1897.
Stubenrauch, Kommentar zum österreichischen allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. 1885.
Siebenhaar, Kommentar zu dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen.
Puchelt, Französisches Zivilrecht.
Planck, Kommentar zum BGB. 4. Aufl. 1913.
Staudinger, Desgleichen. 7./8. Aufl.
Haidlen, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit den Motiven und sonstigen Vorarbeiten. 1896/97.
Gareis, Kommentar zum BGB. 1898.
Scherer, Desgleichen. 1897.
Hölder, Desgleichen. 1900.
Rehbein, Desgleichen. 1899.
Oertmann, Desgleichen. 1908—1910.
Enneccerus-Kipp-Wolff, Bürgerliches Recht. 1913/14.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900.
Dernburg, Bürgerliches Recht. 1898.
Goldmann-Lilienthal, Das bürgerliche Recht. 1902.
Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 6. Aufl. 1913.
Endemann, Desgleichen. 8. u. 9. Aufl. 1905, 1908.
Matthiaß, Desgleichen. 5. Aufl. 1910.
Motive zum Entwurfe eines BGB. (Amtliche Ausgabe.)
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des BGB.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB. 1899.
Denkschrift zum Entwurf eines BGB. 1896.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen.
Thöl, Handelsrecht. 6. Aufl.
Endemann, Handbuch des Handelsrechts. 1881—1884.
Staub, Handelsgesetzbuch. 2. u. 8. Aufl.
Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. 1. Aufl.
Makower, Kommentar zum HGB. 12. Aufl.
Puchelt, Desgleichen. 4. Aufl.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. 1910.
Goldmann, Desgleichen. 1906.
Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs.
Berndorf, Die Gattungsschuld. 1900.
Mommsen, Beiträge zum Obligationsrecht. Abt. 2: Zur Lehre von dem Interesse. 1855.
Derselbe, Die Haftung des Kontrahenten. 1879.
Treitschke, Der Kaufkontrakt usw. 1866.
Leonhard, Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschluß. 1896.
Derselbe, Die Beweislast. 1904.
v. Liszt, Deliktsobligationen.
Gesterding, 7 Abhandlungen aus der Lehre vom Edikt der Ädilen. In der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß Bd. 6.
Hanausek, Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware. 1887.
Eck, Vorträge über das Recht des BGB. Bd. 1. 1903.
André, Einrede des nicht erfüllten Vertrages. 1890.
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. 1879.
Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. Bd. 2. 1884.
Emmerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag. 1899.
Schmitz, Beiträge zur Lehre vom Genuskauf. Göttinger Diss. 1894.
Müsch, Wie unterscheidet sich der Genuskauf vom Spezieskauf. Erlanger Diss. 1898.
Regelsberger, Zivilrechtliche Erörterungen. 1868.
Gareis, Das Stellen zur Disposition. 1870.
Jacobi, Der Schadenersatz wegen Nichterfüllung. 1902.
Römer, Die Leistung an Zahlungsstatt. 1866.
Haßlacher, Die Haftung des Verkäufers für Fehler und Mängel. Erlanger Diss. 1897.
Schütz, Die Haftung des Verkäufers bei physischen Fehlern der Sache. Rostocker Diss. 1897.
Schloßmann, Anspruch, Klage usw. auf Herbeiführung eines Rechtserfolges. In Iherings Jahrbüchern der Dogmatik Bd. 45.
Ihering, Culpa in contrahendo etc. Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufkontrakte. Ebenda Bd. 4.
Regelsberger, Zur Lehre von der Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Ebenda Bd. 40.
Schöller, Schadensersatz wegen Nichterfüllung. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 45.)
Derselbe, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung usw. Ebenda Bd. 46.
Rümelin, Die Verwendung der Kausalbegriffe. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 90.
Wendt, Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Ebenda Bd. 87.
Crome, Die Gewährleistung wegen Abwesenheit vorausgesetzter Vorzüge der veräußerten Sache usw. Ebenda Bd. 78.

Stintzing, über vis major im Zusammenhang mit periculum und Haftung. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 81.
Goldschmidt, über die Statthaftigkeit der ädilitischen Rechtsmittel beim Gattungskauf. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 19.
Schlodtmann, über die Anwendbarkeit der Art. 347 ff. HGB., wenn statt der vertragsmäßigen eine Ware anderer Gattung geliefert und empfangen wurde. Ebenda Bd. 37.
Römer, Beiträge zur Lehre von der Erfüllung der Obligationen. Ebenda Bd. 23
Schroeder, Die Gewährleistung bei Sachmängeln.
Wolff, Sachmängel beim Kauf. In Iherings Jahrbüchern Bd. 56 S. 1 ff.
Aßmann, Die unbestellten Zusendungen.
Fischer, Konzentration und Gefahrtragung bei Gattungsschulden. In Iherings Jahrbüchern 2. Folge Bd. 15 1907 S. 159 ff.
Derselbe, Ebendort Bd. 51 S. 212 ff.
Unger, über Obligationsrecht. In Grünhuts Zeitschrift Bd. 15.
Weyl, Das Verschulden und die verwandten Begriffe im BGB. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 14.
Isay, Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts. In Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß Bd. 1 Heft 2.
Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen. Ebenda Bd. 7 Heft 2.
Kleinaidam, Unmöglichkeit und Unvermögen. Ebenda Bd. 7 Heft 1.
Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. In Leonhards Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts Heft 5, 1901.
Leonhard, Fr., Die Wahl bei der Wahlschuld. In Iherings Jahrbüchern Bd. 41.
Quadbeck, Die Konzentration der Gattungsschuld. Leipziger Diss. 1904.
Stölzel, Schulung für die zivilistische Praxis. 3. Aufl. 1898.
Rosenberg, Zur Lehre vom sogen. qualifizierten Geständnis. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 94.
Havenstein, „Die Gattung“. In Beiträgen zur Erläuterung des Rechts 55. Jahrg 4./5. Heft.
Breit, Das Vinkulationsgeschäft.
Pescatore, Wahlschuldverhältnisse.

Das Recht.
Juristische Wochenschrift.
Deutsche Juristenzeitung.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Mugdan-Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

Welche Rechte einem Käufer zustanden, dem auf Grund eines Gattungskaufes nicht vertragsmäßig erfüllt war, sei es durch Lieferung einer „mangelhaften“, sei es durch die einer „anderen“ Sache, das war eine der umstrittensten Fragen für das gemeine Recht, auf dem das Bürgerliche Gesetzbuch in den einschlägigen Bestimmungen (vgl. Mot. Bd. 2 S. 224) beruht. Streitig war insbesondere, ob beim Genuskauf der Käufer bei mangelhafter Lieferung von seiten des Verkäufers sich der ädilitischen Rechtsmittel — der actio redhibitoria und quanti minoris — bedienen könnte, und bejahendenfalls, ob er auf sie allein angewiesen wäre, oder ob er auch einen Anspruch auf Lieferung mangelfreier Sachen hätte.

Der Entstehung der Streitfragen liegt eine rechtsgeschichtliche Eigentümlichkeit zugrunde. Das ädilitische Edikt, welches die sogenannten ädilitischen Rechtsbehelfe normierte, bezog sich ursprünglich nur auf den Spezieskauf, da die Römer den Genuskauf nicht als emtio venditio auffaßten, sondern diese nur auf den Kauf individuell bestimmter Sachen bezogen. Der letztere Umstand war für Windscheid, mit dem Thöl und Seuffert übereinstimmen, der Grund, den Satz aufzustellen, daß „die Ansprüche auf Preisminderung und Rücknahme beim Kauf generisch bestimmter Sachen nicht Platz greifen können“ (Pand. § 394). Windscheid kommt zwar auch zu dem Ergebnis, daß der Käufer unter Umständen Rückzahlung des Kaufpreises unter Rückgabe der fehlerhaften Leistung oder eine Kürzung des Kaufpreises verlangen könne, fordert aber, daß der Käufer zu diesem Zwecke nachweisen müsse, daß gerade darauf sein vom Verkäufer verletztes Interesse ziele.

Demgegenüber geht jedoch die herrschende Ansicht dahin, daß in dem gegebenen Falle dem Käufer die ädilitischen Rechtsmittel

ohne weiteres zustehen, da die in den Quellen für den Spezieskauf in dieser Richtung enthaltenen Vorschriften auch auf den Genuskauf auszudehnen seien und es nur eine historische Zufälligkeit sei, daß die Römer den Gattungskauf nicht als emtio venditio bezeichnet haben. (Die Vertreter dieser Meinung s. bei Windscheid a. a. O. Anm. 19; vgl. auch die in Anm. 18 daselbst angegebene umfangreiche Literatur.)

Was die weiter erwähnte, hiermit im engsten Zusammenhange stehende Frage anlangt, ob der Käufer auf diese beiden Möglichkeiten, nämlich entweder Wandlung oder Minderung zu verlangen, beschränkt ist, oder ob ihm statt dessen auch der Anspruch auf mangelfreie Lieferung zusteht, so mußte Windscheid das letztere folgerichtig bejahen. Nach seiner Ansicht ist ja die mangelhafte Erfüllung gleich Nichterfüllung, und der Käufer kann daher auf Erfüllung des Vertrages, d. h. auf Lieferung ohne Mangel bestehen (gl. M. Thöl, Seuffert, Vangerow).

Im Gegensatz hierzu geben die von Windscheid (a. a. O. Anm. 22) Aufgeführten dem Käufer dieses Recht nicht. Nach Windscheid gibt es zwei Wege, auf denen man zu dieser von ihm bekämpften Ansicht gelangen kann:

a) Man leugnet, daß die Fehlerlosigkeit der zu liefernden Sache als stillschweigend vereinbart anzusehen sei. (So die dort in Note 20 Genannten.) Diese Schriftsteller geben dem Käufer das Recht, anderweitige Lieferung zu verlangen, nur dann, wenn Fehlerlosigkeit des zu Liefernden ausdrücklich bedungen ist.

b) Man behauptet, daß die Parteien durch Geben und Nehmen einen neuen Vertrag des Inhalts abschließen, daß fortan nur dieser bestimmte geleistete Gegenstand als Obligationsobjekt in Betrach kommen solle. Einen solchen Vertrag nehmen in verschiedener Formulierung ein Oldenburger Erkenntnis (Arch. f. d. Prax. d. oldenb. R. Bd. 7 S. 181—202) und (Treitschke in Krit. Jahrb. f. dtsch. Rechtsw. Bd. 14 S. 711) an. Dagegen: Thöl § 83 N. 18 (§ 275 N. 30).

Windscheid selbst hält von diesen zwei Wegen den letzteren für den eher möglichen, jedoch mit der Einschränkung, daß der durch das Geben und Nehmen geschlossene Vertrag nur den Verkäufer binde, nicht aber den Käufer.

Erheblich weniger widersprechend sind die Ansichten bezüglich derjenigen Vertragsverletzung bei Erfüllung des Gattungskaufes, die durch Lieferung einer „anderen“, nicht einer „mangelhaften“ Sache herbeigeführt wurde. In dieser Frage steht Hanausek (a. a. O.) allein, der auch bei Lieferung eines „aliud“ dem Käufer beide Rechtsbehelfe, sowohl die ädilitischen Klagen als auch den Anspruch auf Lieferung einer vertragsmäßigen Sache zubilligen will. Eine besondere Begründung dieser Ansicht gibt er nicht. Alle übrigen, soweit sie sich zu dieser Frage äußern, wie Römer (S. 14) und das Reichsoberhandelsgericht in sehr zahlreichen Entscheidungen (vgl. unten S. 20), stimmen hier mit Windscheid überein, der bei aliud-Lieferung dem Käufer ebenso wie bei der „mangelhaften“ Erfüllung nicht die ädilitischen Rechtsmittel geben, sondern ihm nur die Rechte zubilligen will, die ihm allgemein aus der Nichterfüllung eines Vertrages erwachsen (S. 663).

„Die Lieferung eines anderen Gegenstandes als des zufolge des Kontraktes zu liefernden gilt als Nichterfüllung, und nur auf Fälle von Mängeln eines gelieferten Gegenstandes beziehen sich die ädilitischen Rechtsmittel.“ In diesen Worten der ROHG. Bd. 14 S. 371 ist der Grund für diese Ansicht ausgedrückt. Dem treten auch diejenigen nicht entgegen, die Windscheids gleiche Lösung bei „mangelhafter“ Lieferung bekämpfen.

Wie in den späteren Gesetzgebungen bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch die Fragen behandelt sind, möge folgende Übersicht zeigen:

Das preuß. allgem. Landrecht trifft keine ausdrückliche Entscheidung, läßt vielmehr, ebenso wie das gemeine Recht, eine verschiedene Auffassung zu. Jedoch ist die herrschende Meinung gleichfalls die, daß „die Gewährleistungsvorschriften auch gelten bei Genuskäufen, wie überhaupt bei allen onerosen Verträgen auf ein dare“ (Wanjeck S. 41; ebenso Förster-Eccius Bd. 1 S. 502; Dernburg, Lehrb. d. preuß. PrivR. Bd. 2 S. 378). Zu der Frage, ob dem Käufer auch das Recht zusteht, Lieferung einer mangelfreien Sache zu verlangen, mußte sich das allgem. Landrecht bejahend verhalten, da es von dem Grundsatze ausging, daß „die Leistung der Gewähr“ — hier gleichbedeutend mit

Leistung vertragsmäßiger Sachen — „zur Erfüllung des Vertrages gehört" und daher von jenem Vertragschließenden gefordert werden kann.

Der Code civil läßt die Fragen ebenfalls offen, doch findet sich bei Puchelt (zu § 1649) die Ansicht, daß die Zulässigkeit der ädilitischen Rechtsmittel im französischen Recht für den Genuskauf ebenso zweifellos sei, als sie es bezüglich des Spezieskaufes ist.

Ebenso ordnet das österr. allgem. Bürgerl. Gesetzbuch nicht ausdrücklich die Gewährleistungsansprüche beim Gattungskauf. Stubenrauch (Komm. z. allgem. BGB. Bd. 2 S. 267) ist jedoch der Ansicht, daß hier die Grundsätze des gemeinen Rechts anzuwenden seien.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen hat gleichfalls keine direkten Bestimmungen für unsere Fragen; doch könnte man geneigt sein, anzunehmen, es wolle dem Gattungskäufer die besonderen Rechtsbehelfe nicht gewähren, wenn man den § 900 betrachtet. Derselbe bestimmt nämlich als Voraussetzung für die Gewährleistungsansprüche, daß der Mangel schon beim Abschluß des Vertrages bestanden habe. Und da nun diese Voraussetzung beim Gattungskauf gegenstandslos ist, würde zu folgern sein, daß bei ihm für die ädilitischen Rechtsmittel kein Raum sei. Trotzdem vertritt Siebenhaar (Anm. 869 zu § 909) die nirgends bekämpfte Ansicht, daß die Zulässigkeit der ädilitischen Rechtsmittel auch für den Genuskauf nicht verneint werden dürfe, da der Gesetzgeber an die so sehr verschiedenen Verhältnisse des Gattungskaufes bei Aufstellung jener Bestimmungen offenbar gar nicht gedacht habe.

Wie diese Übersicht zeigt, findet sich, wenn auch nicht in den Gesetzen selbst, so doch in der Literatur wohl eine Beantwortung für die Frage, ob beim Gattungskauf überhaupt die ädilitischen Rechtsmittel zur Anwendung kommen. Weniger dagegen — auch in der Literatur — wird die weitere Frage behandelt, ob dem Käufer diese Rechtsmittel auch bei Lieferung einer „anderen Sache" zur Verfügung stehen.

Ähnlich verhält es sich mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Es bestimmt in § 480:

„Der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache kann statt Wandelung oder Minderung verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird".

Mit dieser Bestimmung hat das Bürgerliche Gesetzbuch, das nach den Motiven (Bd. 2 S. 224) hier dem gemeinen Rechte folgt, die Streitfrage über die Rechte des Käufers, dem eine mangelhafte Sache geliefert wurde, ausdrücklich und im Sinne der herrschenden Meinung entschieden. Aber auch es enthält keine ausdrücklichen Vorschriften über die Rechtslage des Käufers, dem beim Gattungskauf eine „andere Sache" geliefert ist. In dieser Beziehung hat nur das neue Handelsgesetzbuch in Regelung der kaufmännischen Rügepflicht die nach dem alten Handelsgesetzbuch entstandenen Zweifel beseitigt. Früher war es strittig, ob auch bei aliud-Lieferung für den Käufer die Verpflichtung bestände, den „Fehler in der Erfüllung" anzuzeigen. Jetzt bestimmt § 378 HGB.: „Die Vorschriften des § 377" — der die Anzeigepflicht des Käufers bei mangelhafter Leistung festsetzt — „finden auch dann Anwendung, wenn eine andere als die bedungene Ware oder eine andere als die bedungene Menge von Waren geliefert ist, sofern die gelieferte Ware nicht offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte".

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat dagegen, wie gesagt, die Frage der Lieferung einer „anderen Sache" nicht ausdrücklich geregelt, und es muß auch heute noch als zweifelhaft angesehen werden, welche Rechte dem Käufer daraus erwachsen, daß ihm beim Gattungskaufe eine „andere Sache" geliefert wurde.

Allgemein wird angenommen, daß hier nicht die Mängelansprüche gemäß §§ 459, 480 BGB. Anwendung finden, sondern die Anderslieferung einfach als Nichterfüllung anzusehen sei. Dagegen sollen mit der vorliegenden Arbeit folgende Sätze vertreten werden:

1. Eine ausdrückliche Regelung der Frage durch das Bürgerliche Gesetzbuch wäre erwünscht. Diese

müßte dem Käufer dieselben Rechte geben bei Lieferung einer anderen Sache wie bei Lieferung einer mangelhaften.

2. Bis zur ausdrücklichen gesetzlichen Regelung läßt sich der Standpunkt, daß mangelhafte Leistung und Anderslieferung grundsätzlich gleich zu behandeln sind, auch auf Grund der bisherigen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs verteidigen; er steht nicht nur nicht mit ihnen in Widerspruch, sondern entspricht durchaus den allgemeinen Gedanken, von denen sich das Gesetz in seinen Vorschriften über den Kauf leiten läßt.

I.

Schon der eingangs gegebene Überblick läßt erkennen, daß zur Vermeidung von Zweifeln eine klare Festsetzung der fraglichen Rechte nötig erscheint. Diese Notwendigkeit erweist sich um so dringlicher, als gerade der Gattungskauf als das wichtigste Rechtsgeschäft, sowohl in Beziehung auf die Anzahl der Verträge als auch auf ihre wirtschaftliche Bedeutung, angesehen werden darf. Das Erfordernis nach gesetzlicher Regelung wird auch nicht dadurch beseitigt, daß sich zu dieser Frage bisher eine Meinung gebildet hat, die unbedenklich als herrschend, ja wohl als einheitlich bezeichnet werden kann. Denn gerade diese herrschende Meinung gibt, wie im folgenden zu zeigen sein wird, dem Käufer in der genannten Rechtslage nicht die Rechtsmittel, die ihm nach Recht und Billigkeit zugesprochen werden müssen.

Sie deckt sich nämlich sowohl im Inhalt als auch ihrer Begründung nach durchaus mit der Ansicht, die sich für das gemeine Recht herausgebildet hatte. D. h. also: Nach ihr hat der Käufer, dem eine „andere Sache“ in Erfüllung des Gattungskaufes geliefert ist, „schlechthin die Rechte, die ihm infolge der Nichterfüllung des Vertrages zustehen“ (Goldmann-Lilienthal zu § 480 N. 1), nicht aber kann er sich der Mängelklagen bedienen, weil eben Lieferung einer anderen Sache im Gegensatz zur Lieferung einer mangelhaften Sache als Nichterfüllung zu gelten hat.

Soviel ich habe feststellen können, findet sich weder in der Theorie noch in der Praxis der Gerichtsentscheidungen eine Stimme, die dieser herrschenden Ansicht entgegentritt.

Und doch dürfte die Frage berechtigt sein: Weshalb hat denn gerade die Lieferung einer anderen Sache im Gegensatz zur mangelhaften Lieferung als „Nichterfüllung“ zu gelten? Wird hierauf geantwortet: „weil die geschuldete Leistung unterblieben ist“, so würde dem mit dem Einwande Römers (a. a. O.) zutreffend begegnet werden, der fragt, ob denn durch Lieferung einer „mangelhaften“ Sache der Vertrag erfüllt würde. Es läßt sich zwar nicht verkennen, daß in der Lieferung einer schlechten Sache derselben Gattung unter Umständen eine teilweise Erfüllung liegt. Nicht zutreffend ist jedoch, wenn man, wie es von der herrschenden Meinung geschieht, annimmt, a) daß dies immer der Fall sei, und b) daß die Lieferung einer Sache anderer Gattung niemals eine teilweise Erfüllung enthält. Es gibt, worauf noch zurückzukommen ist, Fälle, in denen die gelieferte Sache derselben Gattung gerade nach einem für den Käufer besonders wichtigen Gesichtspunkte unbrauchbar ist (z. B. jemand braucht einen besonders leichten Feldstuhl). Umgekehrt ist es möglich, daß statt der bestellten Sache eine „andere“ (eine solche anderer Gattung) geliefert wird, die aber doch dem Bedürfnis des Käufers ganz oder teilweise genügt (Steinkohle statt Braunkohle). Einerseits darf mithin die Frage, ob die ungenügende Leistung eine solche (teilweise) Erfüllung darstellt, welche die Anwendung der Gewährleistungsvorschriften zur Folge hat, nicht unter Zugrundelegung des ganz abstrakten Begriffes der Gattungszugehörigkeit beantwortet werden, wie ein Teil der herrschenden Meinung es will. Andererseits kann man auch zur Bestimmung der Gattung nicht das konkrete Interesse des Käufers als Maßstab benutzen, weil dieses, wie unten zu zeigen sein wird, zu Sprachwidrigkeiten und anderen Unzuträglichkeiten führen würde (vgl. unter S. 21 ff.). Bei alledem ist im Auge zu behalten, daß es sich bei den gelieferten Waren nur ganz selten um völlig anders geartete Sachen handeln wird, häufig dagegen um ähnliche Waren, die immerhin einer anderen Gattung angehören oder bei denen letzteres zweifelhaft ist. Wird eine völlig anders geartete Sache

geliefert, z. B. eine Lampe statt eines Ofens, so wird es sich entweder um einen Irrtum des Verkäufers handeln, der das Erfüllungsgeschäft anfechtbar machte, oder um ein neues Vertragsangebot des Verkäufers, das den früheren Kaufvertrag nur zum Anlaß, vielleicht auch zur Grundlage bezüglich des Preises oder dergl. nimmt, ohne aber ihn unmittelbar erfüllen zu wollen.

Nach diesen Erwägungen wird man sagen dürfen, daß die Begründung für die herrschende Meinung nicht unbedingt zwingend erscheint.

Was aber ganz besonders *gegen* die herrschende Meinung spricht, sind die mannigfachen Unbilligkeiten, zu denen sie, wie im folgenden dargelegt werden soll, führen muß.

Die Anwendung der herrschenden Meinungen auf die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs ergibt folgende Rechte des Käufers, dem eine andere Sache beim Gattungskauf geliefert worden ist:

Er kann zunächst die Ansprüche wegen Verzuges des Schuldners geltend machen (§§ 284—290 BGB.). Diese haben aber zur Voraussetzung: der Verkäufer muß die fällige Leistung schuldhaft unterlassen haben. Das Unterlassen der Leistung soll dabei hier in der Lieferung einer anderen Sache gefunden werden. Danach muß also die Lieferung der anderen Sache statt der bestellten in einem Verschulden des Verkäufers, d. h. gemäß § 276 BGB. in einer Fahrlässigkeit oder einem Vorsatz seinerseits ihren Grund haben. Hiervon gibt es nur die im § 279 BGB. festgelegte Ausnahme, nach welcher der Schuldner sein Unvermögen zur Leistung *stets* zu vertreten hat, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist. Es muß ferner hinzukommen, daß der Verkäufer *gemahnt* ist (§ 284 BGB.).

Sind diese Bedingungen erfüllt, so hat der Schuldner dem Gläubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen (§ 286 BGB.). Für gegenseitige Verträge, also für unseren Fall, gibt sodann § 326 BGB. dem Käufer folgende drei Rechte: Er kann

1. Lieferung und Schadensersatz wegen verspäteter Lieferung verlangen,
2. Schadensersatzansprüche wegen Nichtlieferung geltend machen,
3. vom Vertrage zurücktreten.

Bei den beiden letzten Möglichkeiten muß aber der Verkäufer vorher dem Gegner eine angemessene Nachfrist mit der Erklärung setzen, daß die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist abgelehnt werde, oder er muß beweisen, daß die verspätete Erfüllung für ihn kein Interesse habe.

Wesentlich günstiger ist der Käufer gestellt, dem eine „mangelhafte" Sache geliefert wurde. Ihm stehen beim Gattungskaufe bekanntlich folgende Ansprüche zu Gebote:

1. Ohne weiteres: Auf Wandlung, Minderung oder Lieferung einer mangelfreien Sache;

2. für den Fall, daß eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat, auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 480 BGB.).

Es bedarf also weder eines Verschuldens des Verkäufers, noch ist von seiten des Käufers eine Mahnung oder Setzung einer Nachfrist erforderlich. Daß aber hierin ein nicht zu unterschätzender Vorteil liegt, ergeben folgende Erwägungen:

1. Zwar trifft nach den Grundsätzen der §§ 282, 285 BGB. den Käufer, der sich auf den Verzug des Verkäufers beruft, nicht die Beweispflicht dafür, daß der Verkäufer schuldhaft gehandelt hat, und die vorhin erwähnte Ausnahme des § 279 wird in vielen Fällen die Frage nach dem Verschulden überflüssig machen. Immerhin stellt aber der Umstand, daß der Verkäufer bei mangelhafter Lieferung stets auch ohne Vorliegen eines Verschuldens haftet, einen wesentlichen Vorteil für den Käufer dar, der sich auf solche Lieferung berufen kann.

2. Es entfällt, wie gesagt, das Erfordernis der Mahnung, die erfolgt sein muß, um den Verkäufer nach den allgemeinen Vorschriften in Verzug zu setzen. Allerdings kann man mit Staub (8. Aufl. Exk. zu § 374 Anm. 15) annehmen, daß die Mahnung „durch Handlungen erfolgen kann, welche auch die Fälligkeit der Leistung begründen" (als Beispiel führt Staub den Fall an, wo der Kaufpreis dadurch fällig wird, daß der Verkäufer die Ware anbietet). Aber sie bleibt doch in der großen Mehrzahl der Fälle für den Käufer bei Verfolgung seines Rechtes ein zeitraubendes Hindernis. Daß weiter auch der dem Käufer zufallende

Beweis der Mahnung leicht Schwierigkeiten bereiten kann, lehrt die tägliche Erfahrung.

3. Daß es dem Käufer, der seine Leistung zurückerlangen will, erspart bleibt, dem Verkäufer eine Nachfrist setzen zu müssen, in der dieser mangelfrei nachliefern kann, gibt dem Käufer eine wertvolle Bewegungsfreiheit und erleichtert es ihm, seine Lage zu übersehen. Es ist eben hier nicht der Entschluß des Verkäufers, ob er nachliefern will, sondern der Wille des Käufers ausschlaggebend. Weitere Gefahren, denen der „mangelhaft" bediente Käufer außerdem hierbei noch aus dem Wege geht, werden treffend geschildert in einem die Schwierigkeiten des § 326 behandelnden, aus der kaufmännischen Praxis eingegebenen Artikel der „Handelszeitung des Berliner Tageblattes" vom 7. 8. 1917, wo es heißt: „Hinsichtlich der Nachfristsetzung und der Androhung des Rücktritts oder des Lieferungsverzichtes werden in der Praxis häufig formelle Fehler gemacht, die das Recht des Käufers vernichten. So z. B. wird fehlerhaft die Nachfrist gesetzt, ohne die ausdrückliche Hinzufügung, daß die Annahme der Leistung gegebenenfalls abgelehnt werden würde. In anderen Fällen wieder kommen Versehen bei der Bemessung der ‚Angemessenheit' der Frist vor".

Auch Dernburg weist (BGB. Bd. 2, 2 S. 70) darauf hin, daß durch Heranziehung der allgemeinen Vorschriften über Nichterfüllung, insbesondere der §§ 325, 326 BGB. „die für den Verkehr so wichtige Lehre der Gewährleistungsansprüche beim Kaufe äußerst kompliziert und in Verwirrung gebracht würde".

Nicht zu unterschätzen ist hierbei der Umstand, daß nach den Erfahrungen, die sich aus der Praxis ergeben, die Bestimmungen des § 326 über die Nachfristsetzung den meisten Käufern unbekannt oder wenig vertraut sind. Erst ein verlorener Rechtsstreit macht sie oft darauf aufmerksam, daß sie sich ihrer Rechte dadurch begeben oder diese doch dadurch geschmälert haben, daß sie dem Verkäufer keine Nachfrist gesetzt haben, wozu sie verpflichtet waren, weil nicht „mangelhaft", sondern „anders" geliefert war.

Ein Beispiel möge das Ausgeführte erläutern: Ein Kolonialwarenhändler kauft von einem Großhändler ein Quantum Samenweizen. Der vom Verkäufer übersandte Weizen erweist sich als nicht keimfähig. Der Käufer stellt dem Verkäufer die Ware in-

folgedessen zur Verfügung und verlangt Wandlung, weil die Ware mit Fehlern behaftet sei, welche dem Vertrage widersprächen. In dem nun folgenden Rechtsstreit macht der Verkäufer geltend, der Käufer habe kein Recht, Wandlung zu begehren. Denn wenn der Weizen nicht keimfähig sei, so sei, da der Vertrag auf Samenweizen lautete, die gelieferte Ware nicht „mangelhaft", sondern „eine andere". Pflichtet das Gericht der Auffassung, daß eine „andere Sache" geliefert sei, bei, so muß der Käufer unterliegen. Er hat, da nach der herrschenden Meinung Anderslieferung gleich Nichterfüllung ist, verabsäumt, dem Verkäufer eine Nachfrist mit der im § 326 geforderten Androhung zu stellen. (Die Schwierigkeiten, die sich in ähnlichen Fällen dem Käufer aus der ferner meist unterlassenen Mahnung ergeben, seien hierbei ganz beiseite gestellt.) Anders wäre die Entscheidung ausgefallen, wenn das Gericht in dem Fehlen der Keimfähigkeit einen „Mangel", nicht aber das Vorliegen einer Anderslieferung erblicken würde. In diesem Falle würde dem Käufer die genannte Einwendung nicht mit Erfolg entgegengesetzt werden können.

Will ein Verkäufer also vorsichtig sein und sich für alle Fälle sichern, so muß er sich bei jeder Lieferung, an der er etwas auszusetzen hat, die Frage vorlegen, ob er auch den Verkäufer etwa mahnen müsse, ob er ihm eine Nachfrist zu setzen habe, und ob ein Verschulden des Verkäufers vorliege. Zur Antwort wird er sich geben müssen, daß es ausschlaggebend sei, ob die gelieferte Ware wegen ihrer Abweichung von der vertragsmäßig zu liefernden als „eine andere Sache" zu gelten hat, oder als „mangelhaft". Daß aber gerade diese Frage zu den größten Schwierigkeiten führen kann, zeigen folgende Erwägungen:

Wann kann man sagen, daß statt der gekauften eine andere Sache, ein aliud pro alio geliefert sei? Wo liegt die Grenze zwischen mangelhafter Leistung und Anderslieferung?

II.

Bei Untersuchung dieser Frage ist es notwendig, auf die Verhältnisse beim Spezieskauf zurückzugreifen. Bei diesem wird der Vertragsgegenstand so bestimmt und individuell bezeichnet, daß jede andere Sache als gerade diese ein aliud ist, mag sie dasselbe

Aussehen, denselben oder auch einen höheren Wert haben. Andererseits ist es aber auch in dieser Beziehung gleichgültig, ob die so bestellte und dementsprechend gelieferte Sache mit Fehlern behaftet ist; sie wird dadurch nicht zum aliud, mögen diese auch noch so bedeutend sein. Die Folge dieser letzteren Tatsache ist, daß, wie Leonhard (Die Beweislast S. 392; vgl. auch die anderen dort zitierten Anhänger dieser Ansicht) ausführt, „die Lieferung einer verkauften mangelhaften Einzelsache auch nicht als Nichterfüllung zu betrachten ist". Das Beispiel, das eben dort hierfür angeführt wird, läßt das ohne weiteres einleuchtend erscheinen: „Wer ein Haus verkauft hat, ist nach dem Vertrag nur verpflichtet, dieses selbe Haus zu liefern, nicht etwa ein fehlerfreies, ja er ist sogar nur berechtigt, dieses Haus zu liefern, und kann sich nicht durch Lieferung eines anderen fehlerlosen befreien".

Die Bestimmung, ob das zur Erfüllung des Vertrages Gelieferte eine andere Sache sei, bietet also beim Spezieskauf keine Schwierigkeiten; anders beim Gattungskauf. Bei ihm ist Gegenstand des Vertrages „ein ununterschiedenes Stück einer durch gemeinsame Merkmale bestimmten Klasse von Sachen" (Eck in Holtzendorffs Enzykl. Bd. 2 S. 7; ähnlich Regelsberger im ArchZivPrax. Bd. 2 S. 185; JheringsJ. Bd. 4 S. 406; Windscheid § 255 Anm. 17 u. a. m.).

Aus dieser Klasse hat der Verkäufer das zu liefernde Sachenindividuum auszuwählen, wenn er den Kauf erfüllen will. Hieraus folgt, daß bei jeder mangelhaften Leistung nicht vertragsmäßig erfüllt ist. Nicht nur wenn eine andere, sondern auch wenn eine mangelhafte Sache geliefert ist (vgl. Staudinger, BGB. Anm. 4c zu § 243).

Gewöhnlich nimmt man an, eine andere Sache sei eben dann geliefert, wenn die zur Erfüllung übergebene Sache einer anderen als der im Vertrage bestimmten Gattung angehöre. Aber gerade die Abgrenzung einer Gattung ist es, was soviel Schwierigkeiten bereitet, weil die zu ihrer Feststellung zu benutzenden „Klassifikationsfaktoren keine objektiv gegebenen sind, sondern nach subjektiver Willkür den einzelnen Fällen angepaßt werden müssen" (Schlodtmann in ZHR. Bd. 19 S. 18). Im physikalischen Sinne ist

keine Sache der anderen gleich, keine stimmt mit einer anderen in jeder Beziehung überein. Das läßt jedoch der Verkehr, in dem der Gattungsvertrag abgeschlossen wird, bis zu einem gewissen Grade außer Betracht. In ihm kommt vielmehr zur Geltung, daß jede Sache Eigenschaften hat, die sich in größerer oder kleinerer Anzahl auch bei anderen Sachen finden. Solche gemeinsamen Eigenschaften führen dazu, den Sachen, die sie aufweisen, gemeinsame Bezeichnungen zu geben. Sie werden als Sache derselben Art, derselben Sorte oder derselben Gattung bezeichnet. Je nach der Anzahl der übereinstimmenden Eigenschaften sind dann die Grenzen der Gattung verschieden; je mehr übereinstimmende Eigenschaften bei Bezeichnung der Gattung im Begriff zusammengefaßt und als Gattungsmerkmale aufgestellt werden, desto enger wird die Grenze der Gattung. Z. B. Heizmittel, Kohlen, Steinkohlen, Westfälische Steinkohlen, Westfälische Steinkohlen von bestimmter Beschaffenheit. Ja die Häufung von Gattungsmerkmalen kann sogar so weit führen, daß sich der Kreis der in Betracht kommenden Gegenstände so verengert, daß mit ihm eigentlich individuell bestimmte Sachen bezeichnet werden und es fraglich sein kann, ob man überhaupt noch von einer Gattungsverbindlichkeit sprechen kann. Wird z. B. der ganze Kreis der so bezeichneten Sachen gekauft, so daß die Bezeichnung der Kaufsachen eine Auswahl aus Sachen mit gleichen Eigenschaften ausschließt, weil es außer den im Kaufvertrage beschriebenen keine anderen Sachen mehr gibt, auf welche jene Bezeichnung zuträfe, so liegt ohne weiteres eine Speziesschuld vor. Die Leistungsverpflichtung des Schuldners ist in solchem Falle so begrenzt und eng umschrieben, daß trotz der scheinbaren Bezeichnung der Kaufsache nur nach Gattungsmerkmalen der Kauf sich auf individuell bestimmte Sachen bezieht. Den Gegenstand des Vertrages bildet eben nicht mehr ein „ununterschiedenes Stück" (vgl. S. 12) einer Klasse von Sachen, sondern diese ganze Sachenklasse.

Ist nicht der ganze Bestand, nicht der Sachenkreis in seinem ganzen Umfang Gegenstand des so eng begrenzenden Kaufvertrages, sondern nur ein Teil, so kann eine Gattungsschuld, aber auch eine Speziesschuld mit Wahlrecht des Schuldners vorliegen. An einem Beispiel seien die Fälle erläutert:

1. A kauft von B die sämtlichen auf dem Hühnerhof des B befindlichen Hühner einer mit dem Namen „Italiano" bezeichneten Rasse. Hier liegt offenbar Speziesschuld vor. Die Bezeichnung der Vertragsgegenstände ist derart, daß durch sie die Leistungspflicht des Schuldners auf individuell bestimmte Sachen beschränkt ist, und es sich nur um eine rein mechanische Ausscheidung handelt.

2. A kauft von B zwei von dessen auf dem Hühnerhofe befindlichen Perlhühnern der Rasse Italiano. In diesem Falle könnte man zweifelhaft sein, ob eine Gattungsschuld oder eine Speziesschuld mit Wahlrecht vorliegt. Die Häufung der Gattungsmerkmale bewirkt hier, daß die Gattung, bei der sie alle vorhanden sind, nur wenige Sachindividien aufweist, so daß anzunehmen ist, der Käufer habe die Objekte mehr ihrer Individualität als ihrer allgemeinen marktmäßigen Eigenschaften wegen ausgewählt. Dann aber liegt eine Speziesschuld mit Wahlrecht, eine „gemischt-generische Obligation" vor.

3. Hätte die Verpflichtung des B nur darin bestanden, dem A zwei Perlhühner der Rasse Italiano käuflich zu liefern, so könnte nicht in Zweifel gezogen werden, daß es sich um eine Gattungsschuld handelt, weil hier die Kaufobjekte nur nach Merkmalen bezeichnet sind, die keine „Individualisierungsmerkmale" (Windscheid) darstellen.

An diesen Beispielen zeigt sich, wie schwierig die Beantwortung der Frage ist, ob überhaupt eine Gattungsschuld vorliegt oder nicht. (Wie ist es z. B., wenn in dem zweiten Falle B nicht 4 sondern 100 Hühner der bezeichneten Gattung auf seinem Hühnerhof hatte?)

Schwierigkeiten bereitet aber vor allem der Umstand, daß es vielfach nicht bestimmbar ist, ob der gelieferte Gegenstand noch der vereinbarten Gattung angehörte oder nicht. Es ist nämlich dabei im Auge zu behalten, daß der Kaufgegenstand meist nicht nur nach einer einzigen Gattungsbestimmung bezeichnet wird, sondern mit mehreren Bezeichnungen, die immer engere Kreise

ziehen; z. B.: a) Getränk, b) Wein, c) Weißwein, d) Rheinwein, e) Rüdesheimer Wein, f) Rüdesheimer Berg, g) 1898er Rüdesheimer Berg.

Welches ist hier die Gattung? Man könnte sagen: Weißwein. Mit demselben Recht aber auch Rheinwein oder Rüdesheimer. Und diese Bestimmung, welches die Gattung ist, soll allein maßgebend für die Entscheidung in der hier erörterten Frage sein. Da diese Bestimmung aber so schwer zu treffen ist, wird sich in vielen Fällen auch nicht mehr mit Sicherheit sagen lassen, wann die Gattungsmerkmale von der gelieferten Sache nicht mehr erreicht werden. (Vgl. hierzu Leonhard, Beweislast S. 340, der in gleicher Beziehung die Frage aufwirft: „Ist Weizen als Gattung zu betrachten oder Sommerweizen, oder Sommerweizen 00, oder dieser mit dem Zusatz Samenweizen?") Willkürlich und bedenklich ist es, wenn man, wie Rosenberger (im ArchZivPrax. Bd. 94 S. 132), gerade Rüdesheimer, deutschen Schaumwein und Sommerweizen als die Gattungsbegriffe bezeichnen will. Denn, so fährt Leonhard fort, „danach müßte man einen Vertrag, der allgemeiner gehalten sei und z. B. nur auf Rheingauwein laute, immer als zu unbestimmt verwerfen".

Eben deshalb, weil man, wie im obigen Beispiel, die Abgrenzung nach Eigenschaften sehr verschieden vornehmen kann, läßt sich eine scharfe Scheidung zwischen „Gattung" und „anderen Eigenschaften" nicht durchführen, und keinesfalls läßt sich abstrakt bestimmen, welche der verschiedenen Charakterisierungen gerade für die Gattung als solche bestimmend ist.

Hält man sich nun noch vor Augen, daß es sich in der Praxis selten um ganz anders geartete, sondern meist um ähnliche Sachen handeln wird, so ergibt sich aus alledem zur Genüge, daß die Frage, wann eine andere Sache geliefert sei, nicht befriedigend damit beantwortet ist, daß man sagt: Eine „Anderslieferung" liegt vor, wenn die hingegebene Sache einer anderen als der im Vertrage bestimmten Gattung angehört.

Auch die anderen in der Theorie aufgestellten Definitionen einer Anderslieferung können als zufriedenstellend nicht angesehen werden; wie denn auch keine von ihnen als überwiegend anerkannt oder herrschend bezeichnet werden kann. Die Auffassungen stehen

sich, wie folgender Überblick zeigen wird, zum Teil in widersprechendster Weise gegenüber.

Am weitesten geht Römer (ZHR. Bd. 23 S. 14), der sagt, daß bei der Gattungsobligation jede Spezies, welche einer ganz anderen Gattung, oder zwar dieser, aber einer anderen Art dieser Gattung als der verabredeten, oder zwar der verabredeten Gattung und Art angehöre, aber nicht die verabredeten anderweitigen Eigenschaften habe, namentlich nicht von der verabredeten Güte sei, ein aliud darstelle. Er begründet seine Ansicht damit, daß er sagt: Der Grund dafür, daß die Obligation nicht erfüllt sei, wenn dem geleisteten Gegenstande auch nur eine einen Klassifikationsfaktor bildende, verabredete Eigenschaft fehle, liege darin, daß die Grenze der Gattung bestimmt werde lediglich durch das Belieben des oder der Beteiligten, diese den Kreis, aus welchem geleistet werden soll, beliebig begrenzen könnten, ohne Rücksicht darauf, ob auch nach der Anschauung des Verkehrs dieser Kreis als ein eigentümlicher erscheine.

Damit muß Römer zu dem Ergebnis kommen, daß jede durch den Käufer anfechtbare Lieferung sich als aliud-Lieferung charakterisiert; Raum für eine mangelhafte Lieferung bleibt bei der von ihm vertretenen Ansicht nicht. Und wie will es denn Römer gehandhabt wissen, wenn z. B. russischer Klee bestellt ist und nun zwar solcher geliefert wird, der Samen sich jedoch als nicht mehr in vollem Umfange keimfähig erweist? Gattung und Art des Gelieferten entsprechen dem Vertrage und besondere Eigenschaften, namentlich eine besondere Güte — etwa derart, daß der Samen in vollem Umfange keimfähig sein müsse —, sind nicht „verabredet".

Mit Römer stimmt Thöl überein, wenn er (Bd. 1 § 275 S. 914) meint, daß beim Genuskauf jede vertragswidrig beschaffene Ware ein anderes Objekt als das vertragsmäßig gewollte sei. Auch er müßte zu dem Resultat kommen, daß der Begriff „mangelhafte Leistung" im Gegensatz zur aliud-Lieferung nicht besteht.

Gareis (in Endemanns Handb. Bd. 2 S. 686 und in „Das Stellen zur Disposition" S. 15) hält ein aliud für vorliegend, wenn „eine nach allen Verkehrsbegriffen wesentlich von der bestellten Ware verschiedene Ware" geliefert ist; doch ist nach seiner

Meinung die Frage, ob die Ware wirklich eine so wesentlich andere als die bestellte — „eine andere Sache im eminentesten Sinne" — ist, „nur in den eklatantesten Fällen zu bejahen. In der überwiegenden Mehrzahl der vorkommenden Fälle müßten die konkreten Verhältnisse zur Entscheidung herangezogen werden." Als solche erscheinen ihm vor allem „die an den einschlägigen Plätzen oder bei den betreffenden Warengattungen maßgebenden Usancen, die zwischen den beiden Teilen bestehende Geschäftsverbindung, der bisherige Verkehr derselben, öftere, regelmäßig von dem einen dem anderen realisierte Bestellungen, der Geschäftsbetrieb des einen oder anderen, der weitere oder engere Wortlaut der einschlägigen Korrespondenzen usw., die anderweitig fest zu ermittelnde Absicht der Kontrahenten".

Auch diese Definition beseitigt nicht den Zweifel, wo die Grenze zwischen mangelhafter und aliud-Lieferung liegt. Wie z. B. wenn faule Äpfel oder ein lahmer Vollbluthengst von dem Verkäufer geliefert werden? Die Absicht der Parteien ging doch zweifellos dahin, daß Brauchbarkeit der Kaufobjekte vorausgesetzt werde. Es müßte daher nach Gareis in beiden Fällen eine aliud-Lieferung als vorliegend erachtet werden. Und wie ist es denn nach seiner Auffassung mit nur teilweise brauchbaren Sachen zu halten?

Eine entgegengesetzte Ansicht vertritt Hanausek (Abt. 1 S. 233 Anm. 23), wenn er sagt: „daß die Entscheidung der Frage, ob aliud pro alio oder nicht empfangbare Ware geliefert ist, stets nach objektiven Kriterien, nicht nach den Umständen des einzelnen Falles zu geschehen hat".

Welches sind nun aber die objektiven Kriterien? Auch da zeigen sich wieder die oben angedeuteten Schwierigkeiten der Gattungsbestimmung. Und wenn die dahingehenden Zweifel gelöst worden sind, fragt es sich immer noch, wann ist die Abweichung von den Eigenschaften so groß, daß dadurch die Gattung verändert wird bezw. von der vereinbarten Gattung abgewichen wird?

Lehmann-Ring (S. 172) und Makower (S. 1230) stimmen darin überein, daß die Frage, ob eine „andere" oder eine „mangelhafte" Sache geliefert sei, sich mit der decke, ob die Abweichung eine besonders erhebliche sei oder nicht". Eine solche Abweichung

kann nach Makower „sowohl in Verschiedenheit des Stoffes wie in Verschiedenheit der Form liegen, auch darin, daß eine Mischung mit anderen Stoffen stattgefunden hat".

Wie schwierig die Feststellung, ob eine mangelhafte oder eine aliud-Lieferung vorliegt, auf Grund dieser Ansicht ist, zeigt die Erwägung, daß man bei der Entscheidung immer drei Arten der „Abweichung" im Auge haben müßte, nämlich nichterhebliche, erhebliche, besonders erhebliche. Daß dabei ferner dem subjektiven Empfinden ein zu weiter Spielraum gelassen ist, als daß man den Mangel leicht unanfechtbar unter eine der Klassen bringen könnte, trägt dazu bei, die Entscheidung nach dieser Definition als überaus schwierig erscheinen zu lassen.

Zu beachten wäre hierbei doch auch, daß die Verschiedenheit der Verkehrssitten, die Höhe der Gegenleistung, der Zweck, zu dem die Sache bestimmt ist, u. a. m. mit entscheidend sein müßte.

Es sei hier auch kurz auf das bekannt gewordene „Zigarrenbeispiel" hingewiesen, das unsere Hauptfrage allerdings nur mittelbar berührt, die Schwierigkeiten der Gattungsbegrenzung aber klar zu beleuchten geeignet ist. Es findet sich bei Cosack (Lehrb. Bd. 1 2. Aufl. S. 296), wo es heißt: „A hat seinem Gläubiger, dem Zigarrenhändler B versprochen, seine alte Schuld durch Lieferung von Zigarren abzutragen, er wird eine gewöhnliche Sorte zu 50—60 Mk. das Tausend liefern müssen". Unter Verweisung auf Eck (Vortr. S. 236) spricht Fischer (Konzentration und Gefahrtragung S. 182) davon, daß diese Entscheidung „wegen ihrer drastischen Willkür Aufsehen erregt" habe. Fischer selbst findet aber, daß es „zum Wortlaut des Gesetzes stimmt". Aber auch das ist m. E. nicht der Fall. Denn der Wortlaut des § 243 kann auch, ganz abgesehen von seinem historischen Sinne, nicht dahin verstanden werden, daß als Maßstab dafür, welcher Qualität die hier zu liefernden Zigarren sein müssen, der große Gattungsbegriff „Zigarren" zugrunde zu legen sei. Das hieße die Gattungsgrenzen ohne Rücksicht auf den Vertrag bestimmen. Innerhalb dieser allgemeinen Gattung würde vielmehr im Sinne des Vertrages eine engere Gattung zu bestimmen sein, sei es nach dem Preise, den der Käufer sonst für Zigarren anzulegen pflegte, sei es, wenn der Schuldner Fabrikant ist, nach der Preislage, in

welcher sich die von ihm hergestellten Zigarren halten, bezw. unter Berücksichtigung beider Faktoren im gegenseitigen Ausgleich.

Dasselbe gilt auch von dem „Zigarrenbeispiel", das Staudinger (BGB. Anm. zu § 243 Abs. 1) anführt: „Angenommen, es seien 100 Stück Zigarren zu einem Preise von 20 Mk. bestellt ohne genauere Angabe der Gattung; zweifelsohne würde es in diesem Falle gegen Treu und Glauben verstoßen, schlechthin Zigarren mittlerer Art und Güte, also etwa Zigarren zu liefern, welche durchschnittlich unter Zugrundelegung des Gesamtgattungsbegriffes ‚Zigarren' nur 10 Mk. das Hundert kosten". (Kuhlenbeck, Pand. z. BGB. Bd. 2 S. 23; Fischer in IheringsJ. S. 182). Auch hier ist der Gattungsbegriff Zigarren als zu weit gezogen und dem Sinne des Vertrages nicht Rechnung tragend anzusehen. Mit viel mehr Recht würden für dieses Beispiel als die maßgebende Gattung „20 Mk. Zigarren" anzusehen sein, und aus dieser Gattung — ebenso wie aus der im Cosackschen Beispiele entsprechend zu begrenzenden — wären dann die zu liefernden einzelnen Zigarren so auszuwählen, daß sie von mittlerer Art und Güte sind. Also „20 Mk.-Zigarren" mittlerer Art und Güte. Denn auch unter den 20 Mk.-Zigarren gibt es wieder mangelhafte, unbrauchbare und unrauchbare.

Der andauernde Streit über diese Beispiele wirft, so meine ich, ebenfalls ein scharfes Licht auf die Schwierigkeiten, die durch die „Subjektivität, Relativität und Flüssigkeit des juristischen Gattungsbegriffes" (Staudinger a. a. O. Anm. 4c zu § 243) verursacht und durch die Meinungsverschiedenheiten über diesen Punkt in der Theorie erhöht werden, welche aber die höchste Steigerung erst erfahren durch die hier bekämpfte Ansicht über Anderslieferung. Denn gerade auf der Abgrenzung dieser Gattungsbegriffe baut sich jene Meinung auf.

III.

Ebenso verschieden wie die Ansichten über die Definition und Bestimmung einer Anderslieferung in der Theorie, so widersprechend sind auch in der Praxis die Entscheidungen. Einen Begriff hiervon mögen die folgenden Beispiele geben, die sich sämtlich auf die Frage beziehen, ob auch bei Lieferung eines aliud

ebenso eine unverzügliche Mängelanzeige zu erfolgen hat wie bei mangelhafter Lieferung. Als verschiedene Sachen wurden angesehen: Echte und nachgemachte Zigaretten (ROHG. Bd. 19 S. 403), Wintererbsen und Sommererbsen (ROHG. Bd. 24 S. 405), Winterrübsen und Sommerrübsen (ROHG. Bd. 7 S. 410), Reygras und eine Grasmischung, die Trespe enthielt (ROHG. Bd. 15 S. 415), Zuckerrübsamen und eine Mischung von Zuckerrübsamen mit Futterrübsamen (Bolze Bd. 3 Nr. 708), Oléin (worunter im Handel Ware mit mindestens 90 % freier Ölsäure verstanden wird, und eine nur 45—56 % freie Ölsäure enthaltende Ware (Bolze Bd. 5 Nr. 706), deutscher Rotkleesamen und Bullenkleesamen (Bolze Bd. 4 Nr. 671 c, Bd. 11 Nr. 402), Kornzucker (Erstprodukt) und eine Ware bestehend aus 70 % Nachprodukten und 30 % verarbeiteter Melasse (Bolze Bd. 5 Nr. 673), Vieh einer vereinbarten Rasse und Vieh einer anderen Rasse (Bolze Bd. 12 Nr. 465), eine Maschine, die den Zeitanforderungen entsprechend konstruiert ist, und eine solche von veralteter Konstruktion (Bolze Bd. 19 Nr. 570), Zigaretten, die in Kairo hergestellt, und solche, die aus ägyptischem Tabak in Hamburg hergestellt sind (Bolze Bd. 22 Nr. 435), Rapskuchenmehl und eine Ware, die nur Spuren von Raps enthält, im wesentlichen aus Häderich- und anderem Unkrautsamen und erheblichen Sandbeimengungen besteht (Bolze Bd. 23 Nr. 523).

Dagegen wurden nicht für verschiedene Sachen gehalten: Helmlockleder der Primaqualität und Helmlockleder Sekundaware mittlerer Beschaffenheit (ROHG. Bd. 22 Nr. 20 S. 85 ff.), reines Roggenmehl und ein Gemisch von 76 % Roggenmehl mit 24 % Weizenmehl (Bolze Bd. 18 Nr. 434), Wertpapiere, welche nur an ausländischen Börsen gehandelt, an inländischen aber außer Kurs gesetzt sind (Bolze Bd. 11 Nr. 411), Wertpapiere, gegen deren Einlösung, weil ihre Entwendung behauptet ist, Opposition eingelegt ist, und solche, bei denen das nicht der Fall ist (RG. Bd. 30 S. 159), braune Hüte von bestimmtem Stoff und bestimmter Form und blaue (ROHG. bei Puchelt S. 55 Anm. 5 e), Wagenfedern aus Eisen und Federn aus Stahl (ROHG. ebenda), rissiges Tuch und gutes Tuch (ROHG. Bd. 7 S. 113), eine Mischung von Magerkohlen und Fettkohlen

statt reiner Fettkohlen (RG. Bd. 25 S. 27), verfälschtes Bienenwachs statt reinen Bienenwachses (OLG. Hamburg v. 15. 4. 1904).

Vergleichen wir nun diese Entscheidungen mit den verschiedenen Gesichtspunkten, nach denen man hauptsächlich das aliud zu bestimmen versucht hat, nämlich

1. daß die Zugehörigkeit zu der fraglichen Gattung, oder

2. daß der Zweck der Verwendung auf seiten des Käufers, oder

3. daß die Verkehrsanschauung entscheidend sei für die Beantwortung der Frage, ob ein aliud oder eine mangelhafte Leistung vorliege. Hier fallen folgende Entscheidungen besonders in die Augen, die dazu nicht passen:

1. Würde die Gattungszugehörigkeit den Ausschlag geben, so müßte man einerseits Maschinen, die den Zeitanforderungen entsprechend konstruiert sind, und solche von veralteter Konstruktion, als verschiedene Gattungsbegriffe ansehen, andererseits Helmlockleder der Primaqualität und solches der Sekundaware nicht als der Gattung nach verschieden.

Ebenso wäre es mit Reygras und einer Grasmischung, die Trespe enthält, einerseits (dieselbe Gattung) und mit reinem Roggenmehl und einem Gemisch von Roggen- und Weizenmehl andererseits (verschiedene Gattungen), ferner mit Vieh der einen und der anderen Rasse einerseits und mit Wagenfedern aus Stahl und solchen aus Eisen andererseits; endlich mit echten und nachgemachten Zigaretten einerseits und mit verfälschtem und reinem Bienenwachs andererseits.

Wollte man wirklich in dieser Weise die Gattungen bestimmen, so wäre das eine ganz willkürliche Einteilung.

2. Von dem Gesichtspunkte der Verwendbarkeit aus ließen sich manche Entscheidungen noch weniger verteidigen, denn braune Hüte statt blauer, rissiges statt guten Tuches, Leder zweiter statt Primaqualität können für einen Käufer ebensowenig, vielleicht auch noch weniger brauchbar sein, als eine Maschine veralteter statt einer solchen von moderner Konstruktion, oder als Zigaretten, die von ägyptischem Tabak in Hamburg hergestellt sind, statt solcher in Kairo angefertigter.

3. Wollte man endlich versuchen, als Maßstab und als Grundlage für die betreffenden Entscheidungen die Verkehrsanschauung

heranzuziehen, so müßte sich bald zeigen, daß auch das nicht zu einer befriedigenden Lösung führen würde. Denn eine Verkehrsauffassung, nach der eiserne Wagenfedern statt solcher aus Stahl weniger als andere Sache zu gelten haben, als Vieh der einen oder der anderen Rasse, gibt es wohl schwerlich und würde als berechtigt kaum anerkannt werden können.

Kurz es ergibt sich, daß man mit keiner Fassung überall durchkommt. Sieht man nur auf den objektiven Standpunkt, so kann man das Interesse des besonderen Falles nicht berücksichtigen. Sieht man auf das subjektive Interesse, so kommt man zu sprachwidrigen und willkürlich erscheinenden Entscheidungen. Es gilt hier, was die Denkschrift zum Entwurfe des neuen Handelsgesetzbuches (zu § 377) bei Besprechung des Unterschiedes zwischen mangelhafter und aliud-Lieferung für die Notwendigkeit der unverzüglichen Mängelanzeige sagt (worauf sich die angeführten Entscheidungen, wie gesagt, sämtlich beziehen). Es heißt dort, daß „die Entscheidungen der Gerichte, welche, jenachdem der von dem Käufer gerügte Mangel der einen oder der anderen Vertragswidrigkeit zugezählt wird, den Einwand der verspäteten Mängelanzeige für erheblich oder unerheblich erklären, den Eindruck einer gewissen Willkürlichkeit machen“.

Daß auch die Entscheidungen der neueren Zeit, die nach Einführung des BGB. ergangen sind, insofern einen gewissen Mangel an Einheitlichkeit aufweisen, zeigt folgende Zusammenstellung:

Als „andere Sachen“ wurden angesehen: Sommer und Winterweizen (OLG. Bd. 8 S. 68), Sommerroggen und Winterroggen (Neumann 1905 Bd. 1 S. 277); ferner wurde betont (RG. im Recht 1906 S. 1012), daß eine andere Ware auch vorliegen könne, wenn diese eine solche Verschiedenheit der Form oder der Sorte aufweise, daß nach der Verkehrsauffassung eine andere Ware als die bestellte vorliege.

Dagegen wurden nicht für „andere Sachen“ erachtet: echter Eckerndorfer Rübensamen und ein Gemisch von Rübensamen, das nur 18—20 % echten Eckerndorfer Samen enthielt (RG. in DJZ. 1906 S. 147). Weiter wurde entschieden, daß die Einlegung der Opposition Rententitel nicht zu Sachen anderer Gattung mache, sondern nur den Mangel der Nichtbörsengängigkeit begründe

(RG. in JW. 1901 S. 519). Endlich wurde es als ein „Fehler" der Ware bezeichnet, daß ein an einen Weinhändler zum Zwecke der Weiterveräußerung verkaufter Wein durch Zuckerzusatz verbessert sei, so daß er nicht den Bestimmungen des Reichsgesetzes betr. den Verkehr mit Wein entsprach (RG. Bd. 55 S. 201 ff.). Vgl. auch die Gegenüberstellung der einschlägigen Entscheidungen bei Warneyer 1904 zu § 459.

Die Schwierigkeiten und Ungewißheiten, die sich aus dem Fehlen einer einheitlichen Rechtsprechung in Verbindung mit den oben angeführten Kontroversen in der Theorie ergeben, sind also ganz bedeutend. Es ist Staub beizupflichten, der (8. Aufl. Bd. 2 zu § 378) sagt, daß sich aus ihnen „eine große Rechtsunsicherheit ergeben habe, da ... der Begriff des aliud großen Schwankungen ausgesetzt ist und man zu einem einigermaßen sicheren Unterschiedsmerkmale nicht gelangen konnte". (Vgl. auch Stölzel, Schulung für die zivilistische Praxis S. XV und Fischer, Konzentration und Gefahrtragung a. a. O. S. 218.)

Jeder Weg, der ihre Quelle, die Unterscheidung zwischen mangelhafter Lieferung und Lieferung einer anderen Sache beim Gattungskauf umgeht, verdient daher geprüft zu werden. Überzeugend kämpft gegen eine solche Unterscheidung auch Schlodtmann (ZHR. Bd. 37 S. 1 ff.), der sie als haltlos bezeichnet aus Gründen der Rechtssicherheit und als im Widerspruch stehend mit dem Wesen des Handels und Verkehrs, sowie den kaufmännischen Anschauungen. Diese Polemik richtet sich zwar gegen eine Auslegung des hamburgischen Rechts und des Art. 347 des alten HGB., die für diese Gesetze unterschieden wissen wollten, „je nachdem die ... Vertragswidrigkeit der Ware ihre Gattung, Art, Unterart, Sorte, Qualität usw. betrifft". Aber die Bedenken, die dagegen geltend gemacht werden, haben doch ihren Wert auch noch für die neuzeitlichen Rechtsverhältnisse und sind in ihrer Berücksichtigung des praktischen Lebens geeignet, die Gefahren der bekämpften Unterscheidung so zu beleuchten, daß ihre Vermeidung wünschenswert erscheinen muß.

Man kann dem auch nicht etwa entgegenhalten, daß es ähnliche Zweifelsfragen für das bürgerliche Recht auch sonst gäbe;

z. B. bei der Spezifikation gem. § 950 BGB., wo die Frage, ob eine „neue Sache" hergestellt sei, ausschlaggebend ist. Dem wäre nämlich folgendes zu entgegnen:

Einmal wird die erwähnte Frage bei der Spezifikation verschwindend selten praktisch gegenüber dem Kaufe als täglichem Geschäft. Zum anderen tritt die Frage, ob eine „neue Sache" durch Spezifikation hergestellt ist, nicht mit solcher zwingenden Unmittelbarkeit an die Parteien heran wie die, ob eine „andere Sache" beim Kaufe vorliegt. Außer den oben erwähnten Zweifeln auf seiten des Käufers, wie er sich zweckentsprechend zu verhalten habe, birgt die Stellung des Käufers, anders wie bei der Spezifikation, noch die Gefahr in sich, daß der Käufer, welcher fälschlich für ein „aliud" hält, was „mangelhaft" war, von den Rechtsnachteilen betroffen wird, die sich aus den für die Gewährleistung beim Kaufe vorgesehenen kurzen Verjährungsfristen ergeben. Endlich wird auch bei der Spezifikation zur Zeit der Entscheidung, ob eine „neue Sache" vorliegt — auch wenn diese vor Gericht erfolgt —, regelmäßig das Streitobjekt zur Stelle oder noch erreichbar sein, während die Natur des Gattungskaufes und die Beschaffenheit der bei ihm umgesetzten Waren es mit sich bringen, daß die Augenscheinseinnahme in vielen Fällen nicht mehr möglich sein wird, wenn der Streit, ob ein aliud vorliegt oder nicht, eine gerichtliche Entscheidung erheischt. Vor allem ist im Falle der Spezifikation bei der „Neuheit" der Sache die Schwierigkeit nicht zu umgehen; wohl aber bei der Anderslieferung beim Gattungskaufe, wenn man der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht folgt.

Die Unterscheidung zwischen mangelhafter und Anderslieferung wird eben überflüssig, ja der ganze Begriff der Andersleistung kann verschwinden, wenn man in dem einen wie dem anderen Falle dem Käufer die gleichen Rechte zubilligt.

Daß dies mit den Vorschriften des BGB., zunächst rein äußerlich betrachtet, nicht im Widerspruch steht, soll im nächsten Abschnitt gezeigt werden.

IV.

Die Gewährleistungsansprüche des Käufers beim Gattungskauf sind in § 480 dahin zusammengestellt, daß er Wandlung, Minderung oder Lieferung einer mangelfreien Sache und unter besonderen Voraussetzungen (Abs. 2) Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann. Welcher Tatbestand vorliegen muß, um den Käufer zu ihrer Geltendmachung berechtigt erscheinen zu lassen, bestimmt der für die Gewährleistungsvorschriften grundlegende § 459. Er läßt den Verkäufer einer Sache dem Käufer dafür haften, „daß sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern“, wobei „eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit“ nicht in Betracht kommt.

Die Bedenken, die sich nach dem Wortlaut dieses Paragraphen gegen die hier vertretene Ansicht ergeben könnten, sind folgende:

1. Man könnte einwenden: Daraus, daß das Gesetz von „Fehlern“ spricht, mit denen die Sache behaftet sein muß, ergibt sich, daß es sich in den Paragraphen nur um die Lieferung „fehlerhafter“, gleich „mangelhafter“ Sachen, nicht aber um die „anderer“ Sachen handeln kann. (So Schröder S. 15.) Zwar würde dieser Einwand ja gegenstandslos werden, wenn man von den früher erwähnten Begriffsbestimmungen einer anderen Sache diejenige zugrunde legen wollte, nach der die Erheblichkeit des Fehlers unter dem einen oder dem anderen Gesichtspunkte bestimmend für das Vorliegen eines aliud sein soll (s. oben S. 17). Denn einen Unterschied in der Erheblichkeit der Fehler kennt der § 459 nicht. Auch der ärgste Fehler ist, wie sich aus dem Paragraphen selbst ergibt („den Wert oder die Tauglichkeit aufheben“), ein „Fehler“ im Sinne des Gesetzes und schließt die Anwendbarkeit des § 459 nicht aus.

Das aufgestellte Bedenken könnte also nur in Betracht kommen, wenn man den Begriff des aliud unabhängiger von dem Wort „Fehler“ sucht und lediglich die Gattungszugehörigkeit, sei es nach dem Sprachgebrauch, sei es nach der Auffassung der Parteien

(s. oben S. 17), entscheiden läßt, ob eine ganz andere Sache geliefert sei.

Aber auch hierauf läßt sich folgendes entgegnen:

Anders als bei den Vorschriften über die Gewährleistung bei Viehmängeln (§§ 481 ff.) hat das BGB. keine feste Definition für den Begriff „Fehler“ gegeben. Nur einen Hinweis, in welcher Richtung diese „Fehler“ zu suchen sind, gibt der § 459 mit dem Relativsatz ... „die den Wert ... mindern“. Aus diesem Zusatz muß — und das ist wohl unbestritten (vgl. Schröder S. 14 und die dort in Anm. 1 Genannten) — entnommen werden, daß es nicht etwa physische Fehler der Sache selbst zu sein brauchen, die der Sache anhaften, so daß diese schadhaft, nicht gut, schlecht und in diesem Sinne mangelhaft sein müßte; vielmehr muß eine Betrachtung des genannten Relativsatzes folgende Erwägungen berechtigt erscheinen lassen:

„Fehler“ ist das Hauptwort von „fehlen“, und fehlen muß der Sache, das besagt der § 459 ausdrücklich, der Wert oder die Tauglichkeit zum Gebrauch. Dieses kann nun zu einem Teil fehlen, so daß nur eine „Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit“ die Folge ist, oder es kann ganz fehlen, so daß der Wert oder die Tauglichkeit „aufgehoben“, nicht mehr vorhanden ist. Daß eine Sache minderwertig oder wertlos, weniger tauglich oder untauglich mit Rücksicht auf den Gebrauch erscheint, kann dabei in den verschiedensten Umständen seinen Grund haben. Ebenso wie in der physischen Beschaffenheit der Sache kann der „Fehler“ z. B. darin liegen, daß „nach staatlichen und sozialen Verhältnissen ihre Brauchbarkeit oder ihr Wert beeinträchtigt ist“ (Dernburg, BGB. Bd. 2, 2 S. 59). Die Sachen können gut, heil und ganz sein und nach der gewöhnlichen Auffassung den höchsten Wert derartiger Sachen haben und doch gerade für diesen Zweck, für den sie gekauft sind, nicht brauchbar sein (z. B. Luxuspferde im Vergleich zu Ackerpferden, Tisch, der als Gartentisch unbrauchbar).

Es braucht also durchaus nicht immer eine Minderwertigkeit schlechthin, objektiv zu sein, was die Sache zur fehlerbehafteten im Sinne des § 459 macht. Sondern es ist durchaus möglich, daß sie gerade nur zur Erfüllung dieses Vertrages nicht geeignet ist. Daher ist es auch nicht sicher, daß gerade die Gattungs-

grenze bezw. ihre Überschreitung das Maßgebende ist, daß eine Sache anderer Gattung, welcher der Wert oder die Tauglichkeit zum Gebrauche fehlen, anders zu behandeln ist als eine solche derselben Gattung. Bei jener ist es eben die Zugehörigkeit zu einer anderen Gattung, die sie mehr oder weniger wertlos oder nicht gebrauchsfähig erscheinen läßt. Es kann durchaus, je nach ihrer Zweckbestimmung als Tausch- oder Gebrauchsgegenstand („Wert oder Tauglichkeit zum Gebrauche"), die Sache einer anderen Gattung leicht mehr wert oder mehr brauchbar sein als eine körperlich „mangelhafte" Sache „derselben Gattung".

Einen Grund dafür, die Zugehörigkeit zu einer anderen Gattung nicht als „Fehler" im Sinne des § 459 ansehen zu wollen, läßt sich demnach weder aus dem Gesetz entnehmen, noch nötigen andere Umstände zur Einführung einer derartigen Unterscheidung.

Für den Spezieskauf stellt Schröder (a. a. O. S. 15) den Grundsatz auf, daß ein Fehler im Sinne der fraglichen Vorschriften niemals vorliege:

1. wenn eine andere als die verkaufte Sache geliefert werde, oder

2. wenn durch die Stärke, mit welcher der Fehler auftrete, die Sache dem Verkehr als eine völlig andere erscheine.

Für den ersten Fall leitet Schröder seine Ansicht aus der von ihm vorher vertretenen Auffassung des Ausdrucks „Fehler" her. Diesen gibt er dahin wieder, daß er vorhanden sei, wenn sich auf Grund einer nach der Verkehrsanschauung vorgenommenen Prüfung über „die Tauglichkeit einer Sache zur Befriedigung ihrer Zweckbestimmung" ein Minus gegenüber dem Normalen ergebe Ob dieser Grund für den Spezieskauf zutrifft, den Schröder, wie gesagt, hierbei im Auge hat, soll hier nicht untersucht werden. Beim Gattungskauf jedoch ist an der oben aufgestellten Ansicht festzuhalten, daß die Eigenschaft der gelieferten Sache als einer „anderen" sehr wohl als „Fehler" im Sinne des § 459 angesehen werden kann. Und dies läßt sich auch mit Schröders Ansicht insofern vereinigen, als in dieser Beschaffenheit eben das „Minus" liegt.

Für den zweiten Tatbestand begründet Schröder seine Ansicht damit, daß durch die so beschaffene Sache „eine Befriedigung des Lebensbedürfnisses in keiner Weise zu erreichen" sei. Wie

oben bereits erwähnt, rechtfertigt sich jedoch nach dem § 459 einmal nicht eine Abgrenzung nach der Stärke der Fehler, zum andern sieht aber auch das Gesetz nach dem unzweideutigen Wortlaut des § 459 den Fall vor, daß der Fehler so stark ist, daß der Wert oder die Brauchbarkeit zur Befriedigung des Lebensbedürfnisses gänzlich „aufgehoben“ ist.

Damit dürfte das oben angeregte Bedenken, das auf das Wort „Fehler“ des § 459 aufgebaut werden könnte, beseitigt sein, insofern als man nicht anstehen darf, „mangelhafte“ und „andere“ Sachen in gleicher Weise als — im Sinne des Gesetzes — „mit einem Fehler behaftet“ anzusehen.

2. Ein weiteres Bedenken ließe sich vielleicht herleiten aus der Wendung des § 459 „Der Verkäufer einer Sache haftet . . . dafür, daß sie . . . nicht behaftet ist“. Man könnte sagen, aus diesen Worten gehe hervor, daß die Lieferung der gekauften Sache Voraussetzung des Paragraphen sei, während bei einer Anderslieferung doch eben nicht sie, nämlich die gekaufte, sondern eine andere Sache hingegeben sei.

Dieses Bedenken ist aber nur ein scheinbares. Mit dem „sie“ ist, wie die folgenden Erwägungen ergeben, nicht die Sache gemeint, welche der obligatorische Kaufvertrag beschreibt, sondern vielmehr diejenige, auf die sich das Vertragsverhältnis in dem für die Haftung des Verkäufers maßgebenden Stadium richtet. Das folgt einerseits aus der allgemeinen Natur des § 459, der ja nicht die Angelegenheit des obligatorischen Kaufvertrages selbst behandelt, sondern die sich aus ihm möglicherweise ergebenden Folgen, die Gewährleistungspflicht des nicht vertragsgemäß erfüllenden Verkäufers. Andererseits spricht dafür die Tatsache, daß der § 459 ja ausdrücklich als den maßgebenden Zeitpunkt für seine Anwendung, den des Gefahrübergangs bezeichnet. Von Gefahrübergang kann aber erst die Rede sein, wenn überhaupt eine Sache übergeben oder angeboten ist. Und diese übergebene oder angebotene Sache ist es, die der § 459 mit „sie“ meint.

Für den Gattungskauf ergibt sich das auch noch aus der Erwägung, daß bei der Gattungsschuld ja „sie“, die Sache, die nicht mit Fehlern behaftet sein darf, erst in die Erscheinung tritt, wenn sie als die zur Erfüllung hingegebene aus der Masse der

Gattung individuell ausgeschieden ist. Es muß, mit anderen Worten, sich das Gattungsschuldverhältnis erst in ein Sachschuldverhältnis gemäß § 243 BGB. gewandelt haben. Und die Sache, die hierzu bestimmt ist, ist die in § 459 mit „sie" bezeichnete. Auf sie hat sich das Verhältnis des Käufers als Gläubiger zu dem haftenden Verkäufer konzentriert. Nur an dieser, durch die Ausscheidung individualisierten Sache läßt sich bei der Gattungsschuld überhaupt erst untersuchen, ob der Verkäufer mit ihr seinen Verpflichtungen genügt hat, oder ob „sie" mit Fehlern behaftet ist. Denn was verkauft ist, ist ja im Zweifel immer als mangelfrei verkauft. Die Sache, die geliefert wird, aber ist es, die mit einem Fehler behaftet sein muß, wenn die Folgen des § 459 eintreten sollen. Und dieser Fehler kann, wie oben gezeigt ist, eben unter anderem auch darin bestehen, daß sie „eine andere" als die im obligatorischen Kaufvertrage bestimmte ist.

Hier könnte nun ein neuer Zweifel auftauchen, der sich darauf bezöge, daß nach dem Ausgeführten Voraussetzung für eine Anwendung des § 459 sei:

1. daß sich die Gattungsschuld in eine Sachschuld verwandelt haben muß, und

2. daß ein Gefahrübergang stattgefunden haben muß.

Zu 1. könnte man fragen: Beschränkt sich denn das Schuldverhältnis auf die ausgeschiedene Sache, auch wenn diese eine solche „anderer Gattung" ist? Hat der Verkäufer, der eine andere Sache liefert, „das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan", wie es § 243 Abs. 2 zur Bedingung der Konzentration macht?

Unrichtig wäre es, wollte man das verneinen, mit der Begründung, daß jener Verkäufer einmal nicht „das Erforderliche" getan habe, sondern etwas Ungenügendes, und daß ferner eine „andere", aber nicht eine „solche" Sache den Gegenstand der hier fraglichen Schuldnerhandlung gebildet habe.

Um letzteres vorwegzunehmen: Der Ausdruck „solche" hat etwas Hinweisendes in sich, und das, worauf er im § 243 Abs. 2 hinweist, ist der Abs. 1 desselben Paragraphen, der besagt, daß derjenige, der eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten hat. Man

darf aber nun nicht etwa sagen: Der Anderslieferer handelt nicht zur Leistung einer solchen, mittlerer Art und Güte seienden Sache, sondern zur Leistung einer Sache anderer Art und Güte.

Die Unhaltbarkeit solchen Gedankenganges ergibt folgende Betrachtung: Die Bestimmung sowohl des Abs. 1 als des Abs. 2 von § 243 sind historisch zu erklären. Nach römischem Rechte konnte sich der Schuldner einer Gattungsschuld von seiner Verbindlichkeit schon dadurch befreien, daß er das schlechteste Stück der Gattung lieferte. Da diese Vorschrift nicht mehr der modernen Verkehrsanschauung entsprach, so wurde im Bürgerlichen Gesetzbuch in Übereinstimmung mit dem preuß. ALR. I, 5 § 275 und dem code civil art. 335 die im § 243 Abs. 1 enthaltene Bestimmung getroffen, die für den Fall, daß dahinzielende Parteiabreden fehlen (vgl. Endemann Bd. 1 S. 672), das Mindestmaß der zu leistenden Art und Güte festsetzt.

Im Anschluß daran, und an sich ohne inneren Zusammenhang damit, entscheidet der Abs. 2 des § 243 die berühmte Streitfrage über den Zeitpunkt der „Konkretisierung" und über die Handlung, durch welche die Gattungsschuld in eine Speziesschuld umgewandelt wird. Indem sich das Bürgerliche Gesetzbuch im wesentlichen der von Jhering vertretenen sogen. Lieferungstheorie anschließt, bestimmt es, daß dieser Moment eingetreten ist, wenn der Schuldner das zur Lieferung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan hat.

Auch für § 242 Abs. 2 gilt sinngemäß, was Fischer (a. a. O. S. 191) sagt: „Die Frage nach der Konzentration war für das gemeine Recht kein Selbstzweck, sondern wurde lediglich zur Lösung des Gefahrproblems bei der Gattungsschuld aufgeworfen".

Unter diesen historischen Gesichtspunkten sind die beiden Absätze des § 243 zu würdigen. Das führt aber in Verbindung mit der Berücksichtigung der Stellung, welche der Paragraph im ganzen System des Bürgerlichen Gesetzbuchs innehat, zu folgendem Schluß:

Abgesehen von den später noch zu behandelnden Ausnahmefällen, in denen der Verkäufer mit der ausgeschiedenen Sache nicht erfüllen, sondern ein neues Angebot machen will, oder wo ein Irrtum des Verkäufers in Frage kommt, tritt sowohl bei mangelhafter als auch bei Anderslieferung die Verwandlung in

eine Sachschuld ein. Auch in diesen Fällen hat der Verkäufer das zur Leistung einer solchen Sache Erforderliche im Sinne des § 243 getan. Denn weder der Ausdruck „solche" noch der „das Erforderliche" stehen zu dem Abs. 1 des § 243 in solch enger innerer Verbindung, daß sie die Konkretisierung von der Eigenschaft der gelieferten Sache als einer von mittlerer Art und Güte abhängig machen wollen. Das Hinweisende „solche" bezieht sich nicht so sehr auf den Nachsatz der Bestimmung in Abs. 1 „hat ... zu leisten", als vielmehr auf den allgemeinen Inhalt des ganzen Absatzes, auf den in ihm behandelten Tatbestand, daß eine Sache geschuldet wird, die nur der Gattung nach bestimmt ist.

Diese Ansicht scheint auch Fr. Leonhard zu vertreten, der in „Die Wahl bei der Gattungsschuld" (Jherings J. Bd. 4 S. 28) den Inhalt des Abs. 2 des § 243 in folgender Form wiedergibt: „Hat der Schuldner das zur Leistung einer (nur der Gattung nach bestimmten) Sache seinerseits Erforderliche getan. . ."

Und nicht anders steht es aus denselben Gründen mit dem Ausdruck „das Erforderliche". Er will nicht bedeuten: das, was erforderlich ist, den Vertrag zu erfüllen, sondern: das was erforderlich ist, um die Frage, ob erfüllt ist, prüfen zu können. Denn erst an der „zur Leistung" (so auch der Wortlaut!), d. h. zum Zwecke der Erfüllung erkennbar bestimmten, abgesonderten, gelieferten Sache kann bei einer Gattungsschuld eine derartige Prüfung vorgenommen werden. Lediglich eine Beschränkung im Erfüllungsobjekt zu diesem Zwecke soll der Schuldner nach § 243 zunächst durch das erforderliche Tun herbeiführen. „Die Antizipation der mit der Erfüllung einer Gattungsschuld begrifflich notwendig verbundenen Beschränkung des Erfüllungsobjektes auf einen früheren Zeitpunkt (Breit a. a. O.) auf den Zeitpunkt der Leistungsbereitschaft des Schuldners" (Staudinger, BGB. Anm. zu § 243 Abs. 2) ist es, was der Abs. 2 des § 243 zum Gegenstand hat. „In dem Verluste des jus variandi liegt das Wesen der Konzentration" (Quadbeck a. a. O. S. 53).

Wenn nun Staudinger (Anm. 5 a B a. a. O.) trotzdem in der Weiterbehandlung dieser Frage die Ansicht vertritt, daß die Sache „mindestens von mittlerer Art und Güte" sein müsse, und

Quadbeck S. 48 meint, daß nicht „eine nicht der betreffenden Gattung angehörende Sache" geliefert sein dürfe, wenn die Konzentration eintreten solle, so ist das meines Erachtens nicht folgerichtig. Zumal Staudinger in Lieferung einer Sache von besserer als mittlerer Qualität, „vorausgesetzt, daß hierdurch die Gegenleistung nicht alteriert wird", keinen Hinderungsgrund für den Eintritt der Konzentration sehen will. Eine solche Auslegung des § 243 verschiebt die Bedeutung seines Zweckes und berücksichtigt nicht genügend seinen historischen Sinn. Für den Tatbestand des § 243 ist es ohne Belang, ob die Sache, die der Verkäufer ausscheidet, besser oder schlechter, gleicher oder anderer Qualität oder Art oder Gattung ist. Denn bei allen tritt gleichmäßig die von Abs. 2 erstrebte Wirkung ein, daß jetzt eine Sache oder Sachmenge vorhanden ist, die von denen der großen Gattung erkennbar sich abhebt. Die Möglichkeit, nun zu prüfen, ob diese Sache den Vertragsbedingungen genügt, ist gegeben. Ohne daß der Schuldner noch eine andere Ware unterschieben könnte, hebt sich jetzt den Parteien und auch dem Richter erkennbar der Komplex von Sachen aus der großen Gattungsmasse heraus, der für den weiteren Verlauf des Rechtsverhältnisses in Frage kommt. Die „begrifflich notwendige Beschränkung des Erfüllungsobjektes" ist in die Erscheinung getreten, gleichgültig ob die Sache nun gut oder schlecht, mit gleichen oder anderen Gattungseigenschaften ausgestattet ist.

Der § 243 Abs. 2 hat im Auge die subjektive Auffassung des Schuldners, der mit der Lieferung gerade jener ausgeschiedenen Sachen den Vertrag erfüllen will. Die objektive Beurteilung, ob diese Sachen wirklich dazu geeignet sind, oder ob er Ungenügendes leistet, hat nach Gesichtspunkten zu erfolgen, die sich an ganz anderer Stelle im System des BGB., nämlich in den §§ 323 ff., 456 ff., 480 finden. Hier, im § 243, wird schon an die bloße Betätigung jenes Erfüllungswillens durch Ausscheiden usw. einer bestimmten Sachmenge eine nächste, unmittelbare, mit diesem Tun verknüpfte Folge festgesetzt: die Beschränkung des Schuldverhältnisses. Die weitere Wirkung, die mittelbar ist, insofern als sie erst nach Eintritt jener Beschränkung Form gewinnen kann, ist die, daß der Schuldner nun unter bestimmten Umständen für diese Handlung Gewähr leisten muß.

Man könnte vielleicht so sagen: Das im § 243 Abs. 2 behandelte Tun des Verkäufers umfaßt bloß die tatsächliche Handlung „zum Zwecke der Leistung" (Prot. z. BGB. Bd. 1 S. 332), während die rechtliche Frage, ob mit jenem Tun dieser Zweck, also die Erfüllung, auch wirklich erreicht ist, auf Grund der Bestimmungen des § 459 usw. zu beantworten ist. Das Maßgebende und auch Ausreichende ist, daß der Verkäufer jene Handlungen zum Zwecke der Leistung vorgenommen hat; nicht ist hier zu fordern, daß der Erfolg, die Erfüllung des Vertrages, erreicht sein kann oder gar muß. Wollte man das verlangen, so würden die Bestimmungen der §§ 459, 480 usw. gänzlich überflüssig werden. Denn wenn beim Ausscheiden von Sachen „nicht mittlerer Art und Güte" keine Konzentration einträte, so würden die Bestimmungen des § 459, welcher die Konzentration und den nur nach ihrem Eintritt möglichen Gefahrübergang zur Voraussetzung hat, gleichzeitig aber auch von fehlerbehafteten und mangelhaften Sachen handelt, gegenstandslos, ja widersinnig sein. Und § 480 beweist, seinem Wortlaut und seinem Sinne nach, daß auch bei nicht richtiger Leistung Konzentration eintritt. Er widerlegt aufs deutlichste die Ansicht, daß diese nur erfolge, wenn richtig aus der Gattung geliefert sei. Denn Lieferung einer mangelhaften Sache ist niemals gattungsentsprechend, wie sich aus § 243 Abs. 1 ergibt.

Es müssen, was Staudinger und andere nicht genügend tun, beim Gattungskauf drei begrifflich und vielfach auch zeitlich aufeinanderfolgende Phasen streng auseinandergehalten werden: die Konkretisierung der Gattungsschuld (§ 243 BGB.), der Gefahrübergang (§§ 446 ff.) und die Gewährleistung (§§ 480 bezw. 459).

Die erste befaßt sich mit der Frage: Wann kann eine der Parteien, Käufer oder Verkäufer, sich darauf berufen, daß nunmehr auf Grund des Kaufvertrages aus der Sachgesamtheit eine Sache oder Sachmenge so erkennbar hervorgehoben ist, daß sie bei den folgenden zwei Phasen, dem Gefahrübergang und der Gewährleistung, und bei etwa in ihnen sich ergebenden Streit- und Zweifelsfragen unverwechselbar und bestimmt bezeichnet werden kann? Das zur Erreichung dieses Zieles seinerseits Erforderliche tut nun ebensowohl der Schuldner, der eine Sache ausscheidet, die sich in der letzten der drei Phasen als vertragsmäßig erweist,

als derjenige, der sein „Tun“ an eine Sache wendet, die bei der Prüfung der letzten Phase sich als mangelhaft oder andersgeartet oder auch besser erweist. Denn auch an diesen Sachen ist jetzt das geschehen, was sie befähigt, von allen Beteiligten als diejenige klar erkannt zu werden, die nun in dem Abspinnen des Rechtsverhältnisses bis zum Ende diejenige ist, „um die es sich dreht“. Die Begriffe mangelhaft, besser, schlechter, andersgeartet u. a. gehören also in diese erste Phase gar nicht hinein. Die vom § 243 angestrebte Beschränkung tritt unabhängig von ihnen ein, also auch bei einer „anderen Sache“.

2. Ähnlich ist es mit der oben angeregten Zweifelsfrage bezüglich des Gefahrüberganges, dessen Vollzug ohne Zweifel Voraussetzung für Anwendung der Gewährleistungsvorschriften ist. Allerdings liegt hier die Sache einfacher, insofern, als wohl von keiner Seite angezweifelt wird, daß die Gefahr auch mit der Lieferung mangelhafter Sachen übergeht. Alle Gründe aber, die für diese unbestrittene Auffassung sprechen, haben auch Geltung für die Anderslieferung. Und auch die meisten der vorstehend bezüglich der Konzentration angestellten Erwägungen können als Stütze dienen dafür, daß die Lieferung einer anderen Sache dem Gefahrübergang nicht entgegensteht. Daß das richtig ist, wenn man in Billigung der früher gemachten Ausführungen „mangelhaft“ und „fehlerhaft“ auf Grund der Bestimmungen des § 459 gleichstellt mit „anders“ oder „andersgeartet“, braucht nicht weiter ausgeführt zu werden. Wenn das, was die zufolge Kaufvertrages gelieferten Sachen als „andere“ erscheinen läßt, als „Fehler“ im Sinne des § 459 zu gelten hat, dann muß auch bei Anderslieferung die Gefahr übergehen, soll nicht die Bedeutung des § 459 eine unberechtigte Einschränkung erfahren. Denn § 459 nimmt ausdrücklich an, daß bezüglich der Sache, die mit zur Gewährleistung verpflichtenden Fehlern behaftet ist, „die Gefahr auf den Käufer übergeht“.

Aber abgesehen von diesem Rückschluß ergibt auch eine Betrachtung der Bedeutung des § 446 BGB., der die Grundsätze für den Gefahrübergang beim Kaufe enthält, daß es ungerechtfertigt wäre, bei ihm einen Unterschied zwischen mangelhaften und anderen Sachen zu machen. Ebenso wie nach früheren Darlegungen der

§ 243 aus rechtshistorischen Gründen gewürdigt werden muß, so hat auch der § 446 solche Bedeutung, die bei seiner Auslegung nicht außer acht gelassen werden darf. Indem er bestimmt, daß die Gefahr mit der „Übergabe der verkauften Sache“ auf den Käufer übergeht, regelt er die Frage nach diesem wichtigen Zeitpunkt, die in den verschiedenen Rechtssystemen verschieden beantwortet wurde. Das BGB. hat dabei den Schwerpunkt auf die Übergabe an den Käufer gelegt, „als auf einen Akt der Vertragserfüllung, der dem Käufer die tatsächliche Herrschaft über die Sache gewährt“ (Staudinger Anm. 1b zu § 446). Wenn nun dabei in § 446 gesagt wird, die „gekaufte“ Sache müsse übergeben sein, so hat mit diesem Ausdruck keineswegs eine Qualifizierung der Sache erfolgen sollen, etwa in dem Sinne, daß nur die vertragsmäßig beschaffene, nicht eine fehlerhafte oder andersgeartete Sache übergeben werden müsse.

Dem Ausdruck kommt vielmehr nur eine ganz beiläufige Bedeutung zu. Ganz scharf gesehen, könnte das Eigenschaftswort vor „Sache“ ganz fehlen. Keinesfalls aber will es besagen, daß es die im Kaufvertrag beschriebene, die zur Erfüllung des Kaufes geeignete sein muß. Wollte man das annehmen, so würde man die Bedeutung des § 446 nach seiner Geschichte und der Stellung, die er im System des BGB. innehat, verkennen und verschieben. Man würde denselben Fehler begehen, der oben bei der Erörterung über § 243 aufgezeigt ist: die dritte Phase der Abwicklung des kaufrechtlichen Vorganges, die Gewährleistung, vorausnehmen und in die vorhergehenden, hier die zweite, einschieben und verflechten. Die Prüfung, für die diese beiden ersten Phasen erst die Grundlagen bringen sollen, würde man bereits in diesen Stadien der Entwicklung, mithin verfrüht vornehmen und dabei dann andere Vorschriften als die vom BGB. dafür bestimmten §§ 459 ff. zum Maßstabe nehmen. Der § 446 hat den Übergang der Gefahr eben keineswegs etwa von der Erfüllung aller dem Verkäufer obliegenden Verpflichtungen abhängig machen wollen (vgl. Haidlen, Prot. zu § 446). Er will vielmehr lediglich eine Zäsur schaffen für die zeitlichen Geschehnisse des Kaufes als Rechtsgeschäft, von seinem Anfang bis zu dem in der Erfüllung oder der Gewährleistung, die gegebenenfalls an ihre Stelle tritt,

liegenden Ende. Und wenn er zu diesem Zwecke von der verkauften Sache spricht, dann kann er also damit nur meinen die zum Zwecke der Erfüllung des Kaufes übergebene, nicht die zur Erfüllung geeignete, vertragsmäßig beschaffene Sache. Der Gefahrübergang als zweite Phase der kaufrechtlichen Parteibeziehungen ist zwar abhängig von der ersten, der Konzentration, nicht aber von der dritten, den Gewährleistungsansprüchen und -pflichten. Und erst für diese letztere ist von Bedeutung, ob die Sache vertragsmäßig und in diesem besonderen Sinne die verkaufte ist. Wollte man das Gegenteil annehmen, so müßte doch auch mit einer mangelhaften, weil nicht „wie verkauft" beschaffenen Sache die Gefahr nicht übergehen dürfen.

Diese Erwägungen müssen dazu führen, daß man auch bei Übergabe einer anderen Sache, wenn diese zur Erfüllung des Kaufes übergeben wird, die Gefahr übergehen läßt, selbst wenn man „andere" Sachen im allgemeinen nicht mit „mangelhaften" gleichstellen will. Auch der Verkäufer, der aus einer anderen Gattung als der vom Käufer beabsichtigten eine Sachmenge, um mit ihr zu erfüllen, ausgeschieden hat und dem Käufer übergibt, hat damit ebenso wie das Ziel des § 243, die Erkennbarmachung, so auch das des § 446 erreicht: Dem Käufer ist „die Möglichkeit der Überwachung der Sachen gegeben" (Staudinger Anm. 1 zu § 446). Er kann jetzt Gefahren von ihnen abwenden, die Prüfung der dritten Phase an ihnen vornehmen und sich bei drohendem Verderb oder Untergang infolge der Beschaffenheit der Ware Beweis und Rechte sichern.

Man wende nicht ein, das führe zu Unbilligkeiten und Unmöglichkeiten und öffne der Willkür des Verkäufers Tür und Tor. Der Verkäufer eiserner Gartenmöbel z. B. könne doch die Gefahr nicht dadurch von sich abwälzen, daß er sehr zerbrechliche Holzmöbel abschicke.

Es darf nicht aus den Augen verloren werden, daß, unter Ausscheidung der Fälle, in denen der Verkäufer mit der Anderslieferung nicht den Kaufvertrag in der abgeschlossenen Form erfüllen will, sondern dem Verkäufer — vielleicht angeregt durch den Vertrag — eine andere, neue Kaufofferte durch die Übersendung der Sachen macht, hier nur Lieferung zwecks Erfüllung

des ursprünglichen Vertrages zur Verhandlung steht. Bei dem vorgenannten Möbelbeispiel würde das also besagen: Es scheidet aus der Tatbestand, daß der Verkäufer, etwa weil er von den bestellten eisernen Möbeln keine mehr vorrätig hatte, aber doch gern ein Geschäft mit dem Besteller machen wollte, sich sagte, der Besteller würde vielleicht auch Holzmöbel zu ähnlichem Preise nehmen.

In diesem Falle war der Verkäufer sich ja im klaren, daß er mit der übergebenen Sache den alten Kaufvertrag nicht erfüllen konnte. Die Übergabe der Sache geschah also auch nicht als die der verkauften im oben erörterten Sinne. Ob der § 446 hier ohne weiteres Anwendung findet, richtet sich nach dem weiteren Verhalten des Käufers. Nimmt er das Angebot an, so kommt eine Zurückbeziehung der Gefahrübernahme auf den Zeitpunkt der Übergabe in Betracht. Ein weiteres Eingehen auf die hierbei entstehenden Fragen überschreitet den Rahmen der vorliegenden Arbeit.

Auszuscheiden haben in gleicher Weise die Fälle, in denen die Absendung der anderen Sachen aus Irrtum, Täuschung oder Betrugsabsichten erfolgte. Die Anfechtungsrechte geben dem Käufer hier die Möglichkeit, sich der aus einem Gefahrübergang etwa ergebenden nachteiligen Folgen zu erwehren.

Hier handelt es sich, wie gesagt, nur um den Fall, in dem zur Erfüllung des Vertrages „andere" Sachen geliefert werden, wiewohl sich der Verkäufer an den Vertrag, so wie er war, halten wollte, aber trotzdem eine Anderslieferung erzielte. Es ist z. B. schwer, diesen Fall an dem Beispiel mit den Möbeln durchzuführen. Denkbar wäre er so: Der Käufer ist der Besitzer einer großen Gartenwirtschaft, der, wie der Verkäufer weiß, die Möbel zu einem großen Gartenfest benötigt. Da der Verkäufer dem Besteller schon früher öfter Möbel geliefert hat, sowohl eiserne als auch hölzerne, so glaubt er jetzt, den Wirt im Sinne des Kaufvertrages zu bedienen, indem er ihm außer eisernen auch hölzerne Stühle mitschickte.

Sowohl Konzentration wie auch Gefahrübergang tritt nach der hier vertretenen Ansicht ein. Führt das nun zu einer unbilligen Benachteiligung? Keineswegs. Entweder kommen die

Stühle heil und gut an und werden auch vom Käufer als Erfüllungsobjekt angenommen; dann läge kein Grund vor, den Gefahrübergang als unbillig erscheinen zu lassen. Oder die Möbel sind zerbrochen infolge ihrer geringen Widerstandsfähigkeit. In diesem Falle ist zu unterscheiden:

1. War die vom Verkäufer dem Vertrag gegebene Auslegung zutreffend? Wenn ja, dann hat der Verkäufer, indem er die Möbel trotz ihrer Zerbrechlichkeit absandte, durchaus im Sinne des Käufers gehandelt. Es ist also nicht mehr als recht und billig, daß letzterer auch die Folgen dieser Handlung trägt, die Gefahr bezüglich ihrer Absendung übernimmt.

2. War die Vertragsauslegung von seiten des Verkäufers unzutreffend, so ist m. E. in Fragen der Billigkeit kein Grund zu ersehen, weshalb der Gefahrübergang anders behandelt werden soll, je nachdem man die Absendung der Möbel als Anderslieferung oder als mangelhafte Lieferung ansieht. Zerbrechen sie infolge ihres „Fehlers“, so liegt die Sache doch nicht anders, als wenn der Verkäufer zwar eiserne Möbel, aber von so mangelhafter Haltbarkeit abgesandt hat, daß sie auf dem Transport zerbrechen. Geht bei den „mangelhaften“ Eisenmöbeln die Gefahr auf den Käufer über, und das nimmt ja § 359 klar an, so ist es doch keinesfalls unbillig, wenn man dieselbe Folge auch bei den „andersgearteten“ Holzmöbeln eintreten läßt.

Man darf hierbei ja nicht aus dem Auge lassen, daß dieser Gefahrübergang in dem einen wie dem anderen Falle zugunsten des Käufers wieder ausgeglichen wird, durch die Anwendung der Gewährleistungsvorschriften. Bei der Wandlung hat der Verkäufer sowohl die Holz- als auch die Eisenmöbel zurückzunehmen, wenn ihre Beschaffenheit sie zu mangelhaften macht. Bei der Minderung wird außer dem Minderwert ja doch auch der durch das Zerbrechen verursachte Schaden dem Käufer vergütet. Und bei der Lieferung mangelfreier Sachen gemäß § 480 erhält der Verkäufer ja auch seine zerbrochenen Möbel zurück, ohne daß dem Käufer ein Nachteil aus ihrer mangelhaften Beschaffenheit verbleibt.

Aushilfsweise kommt dem Käufer auch der Schutz zustatten, den ihm die §§ 242 und 276 bieten. Wird, um ein anderes Bei-

spiel anzuführen, von dem Verkäufer statt des bestellten Dauerobstes eine Obstsorte aufgeliefert, die zwar bei der Absendung tadellos war, aber auf dem Transport verdarb, weil sie nicht so dauerhaft war als die bestellte, so trägt zwar die Gefahr der Käufer. Das ist jedoch für ihn nicht von Nachteil, weil der Verkäufer nach den eben angeführten Paragraphen gegebenenfalls den Schaden in vollem Umfange zu ersetzen hätte; auch z. B. den, der etwa dadurch entsteht, daß das faule Obst anderes, zur selben Sendung gehöriges, ansteckte. Jedenfalls würde der Käufer in diesem Falle nicht schlechter dastehen, als wenn der Verkäufer zwar Dauerobst der bestellten Art geliefert hätte, aber solches, das schon angefault war und infolgedessen auf dem Transport wertlos wurde (vgl. auch RG. Bd. 45 S. 354). Sollte der Verkäufer aus dem einen oder anderen Grunde einen Vorteil aus der Anderslieferung ziehen, wie es ja bei der mangelhaften Lieferung durchaus ebenso denkbar ist wie bei der Anderslieferung, so darf man sich daran nicht stoßen. Das Maßgebliche ist doch, daß der Käufer keinen Nachteil erleidet.

Bei den vorstehend behandelten Beispielen war das Schadhaftwerden der abgesandten Sachen in der Beschaffenheit der Ware selbst begründet. In den Fällen, wo dieses nicht der Fall ist, wo die übersandte Sache untergeht oder im Wert gemindert wird, durch Einflüsse, die lediglich von außen einwirken und mit der Gattungszugehörigkeit an sich nicht in Zusammenhang stehen, kann die Entscheidung nicht anders ausfallen. Ein Beispiel: Der Verkäufer übersendet statt des bestellten Sommerroggens, etwa in der Auffassung, es handle sich um Futtermittel, Winterrogen, während der Käufer den Roggen zur Aussaat benutzen wollte. Das Schiff, auf welches die Ware vereinbarungsgemäß verladen ist, geht unter, oder der Frachtführer veruntreut die Sendung usw. Ich vermag hier keinen Grund dafür zu finden, weder auf dem Gebiet der Billigkeit noch auf dem der Gestaltung unseres Rechts, zu sagen, es sei, weil eine andere Sache geliefert sei, die Gefahr nicht übergegangen. Der Verlust für den Käufer würde doch ein gleicher gewesen sein, wenn der Verkäufer wirklich den bestellten Sommerweizen zur Absendung gebracht hätte. Die Gründe des RG. (Bd. 13 S. 101), welches für einen ähnlichen Fall auf Grund des

Art. 345 a. HGB. den Gefahrübergang verneint, sind m. E. nicht stichhaltig. Sie stellen die Voraussetzung für den Gefahrübergang und die auf die Gewährleistung gleich, eine Auffassung, die sich, wie früher ausgeführt, als unberechtigt darstellt. Nach ihr müßte folgerichtig der Gefahrübergang auch bei mangelhafter Lieferung verneint werden, was zur Folge hätte, daß für die Gewährleistung gar kein Raum mehr bliebe.

Auch die Ansicht Goldmanns (Bd. 3 S. 1581) läßt sich gegen die hier vertretene nicht halten. Wenn er sagt, die Gefahr bleibe bei dem Verkäufer, da die Ware „nicht vertragsmäßig beschaffen" sei, so stellt er sich damit in Widerspruch mit dem § 459 BGB. „Nicht vertragsmäßig beschaffen" ist doch auch eine mit Fehlern behaftete Sache derselben Gattung. Bei Lieferung einer solchen muß man aber, wie gezeigt, die Gefahr übergehen lassen, wenn man den § 459 nicht gänzlich ausschalten will.

Hier sei auch noch noch einmal erinnert an die oben bereits kurz erwähnte Tatsache, daß bei dem hier behandelten Tatbestand die gelieferte Ware doch kaum jemals völlig andersartig sein wird. Es wird sich doch fast stets um eine ähnliche Gattung handeln. In den meisten Fällen wird es dabei doch zweifelhaft sein, ob die Sache überhaupt mit Recht als eine andere bezeichnet werden darf, oder ob es sich nicht vielmehr um eine mangelhafte handelt. Werden völlig andersgeartete Sachen geliefert, z. B. Lampen statt Öfen, so wird es sich stets um einen Irrtum des Verkäufers handeln, der das Erfüllungsgeschäft anfechtbar machte. Bei weniger krasser Abweichung in der Gattung wird meistens ein neues Vertragsangebot des Verkäufers vorliegen. Fälle, daß statt Weizen Pferde geliefert werden, oder ähnliche, werden zudem nur auf die Theorie beschränkt bleiben, in der Praxis jedoch nicht vorkommen.

Wenn z. B. nach den früher angeführten Entscheidungen die Tatsache, daß gegen Rententitel Opposition eingelegt ist, oder daß Wein mit Zuckersatz gallisiert, oder daß eine Ware nicht von der geschützten Gattung ist, nicht der Anwendung der Gewährleistungsvorschriften entgegenstehen, so werden sich im normalen Verkehr selten Fälle finden lassen, bei denen eine noch größere Abweichung der Lieferung von der Bestellung festzustellen ist und die deshalb eine

solche Anwendung ausschlössen, weil sie „andere Sachen“ darstellen.

Nun wären noch die Bedenken zu erwähnen, die sich etwa aus den Ansprüchen auf Wandlung und Minderung selbst herleiten ließen, die ich dem Käufer bei Anderslieferung zubilligen will. Man könnte einwenden, daß

1. Minderung bei einem derartigen Tatbestand doch nicht immer möglich sei. Dazu ist zu sagen: Vor dem Recht, aus den Gewährleistungsansprüchen gerade den auf Minderung herauszugreifen, kann für den Käufer natürlich nur die Rede sein, soweit

a) überhaupt kommensurable Sachen geliefert wurden und

b) diese Sachen auch wirklich weniger Wert haben. Und Fälle, in denen diese Voraussetzungen zutreffen, werden durchaus nicht selten sein (z. B. Braunkohlen statt Steinkohlen, Tannenholz statt Buchenholz). Hier aber würde die Durchführung der Minderung keine Schwierigkeiten bereiten.

2. Die zweite Zweifelsfrage könnte sein, ob Wandlung angängig ist, weil es bedenklich erscheinen könnte, sie ohne weiteres zuzulassen, bloß weil falsche Zusendung erfolgt ist. Aber auch hier scheiden ja wieder die Fälle aus, wo nur aus Irrtum anders geliefert ist. Sodann sind vor allem nur Fälle ins Auge zu fassen, in denen Sachen ähnlicher Gattung geliefert wurden, eben weil sie bei weitem am häufigsten vorkommen. Bei diesen aber liegt der Tatbestand nicht erheblich anders als bei gewöhnlicher mangelhafter Leistung. Freilich liegt eine gewisse Härte für den Verkäufer darin, daß der Käufer sofort Wandlung verlangen kann, lediglich weil der Verkäufer falsch geliefert hat. Aber dieses Recht spricht der § 480 BGB. dem Käufer eben zu, und die Härte ist nicht größer, wenn Stücke einer anderen Gattung, als wenn solche derselben Gattung geliefert sind.

V.

Damit dürften die Bedenken widerlegt sein, die sich gegen die hier vertretene Ansicht aus dem Wortlaut des § 459 BGB. und aus den Rechtsgebieten der Konzentration und des Gefahrüberganges, welche die Vorstufen zur Anwendung jenes Paragraphen bilden, auf den ersten Blick herleiten ließen. Man wird sagen dürfen, die §§ 459 ff. u. 480 BGB. können unbedenklich ebenso

wie bei „mangelhafter“ Erfüllung Anwendung finden, wenn der Verkäufer zur Erfüllung des Gattungskaufes eine „andere“ Sache liefert.

Eine mittelbare Stütze findet die mit dieser Arbeit vertretene Ansicht auch dadurch, daß das Bürgerliche Gesetzbuch an einer Stelle selbst darauf hinweist, daß Leistung einer „anderen Sache“ und Leistung einer „mangelhaften Sache“ nicht zwei verschiedene Tatbestände sind, wenn es sich um die Erfüllung eines Vertrages handelt. Im § 363 BGB., der die Umkehrung der Beweislast für den Fall der „Annahme als Erfüllung“ festsetzt, wird nur von einer „anderen als der geschuldeten“ und von einer „unvollständigen Leistung“ gesprochen, obwohl die Vorschriften unbestritten auch bei nachträglich eingewendeter „Mangelhaftigkeit“ Anwendung zu finden haben. „Man scheint“, so führt Staudinger (Bd. 2 zu § 363) aus, „bei der Fassung des Paragraphen von der Ansicht ausgegangen zu sein, daß eine mangelhafte Leistung sich stets, je nach der Beschaffenheit der Mängel, entweder unter den Begriff ‚eine andere als die geschuldete Leistung‘ oder unter den Begriff ‚unvollständige Leistung‘ unterstellen lassen werde.“ Für die Annahme, daß dabei „unvollständige“ Leistung lediglich ein anderer Ausdruck für „mangelhaft“ sein sollte, liegt keinerlei Anlaß vor. Vielmehr läßt sich aus den Kommissionsverhandlungen über den § 363 entnehmen, daß die Verfasser des Gesetzes eine Unterscheidung der gedachten Art nicht für gerechtfertigt hielten. Denn während der 1. Entw. (§ 367) eine derartige Bestimmung nur für den Fall der Mangelhaftigkeit der Leistung, nicht aber für den Fall, daß ein ganz anderer Gegenstand als der geschuldete geleistet war, vorgesehen hatte, wurde diese Beschränkung von der 2. Kommission „aus Gründen der Billigkeit“ beseitigt (vgl. Mugdan Bd. 2 S. 638).

Daß aber diese „Gründe der Billigkeit“ die Beseitigung der Unterscheidung zwischen mangelhafter und Anderslieferung gerade beim Kauf ganz besonders fordern, geht aus den früheren Ausführungen hervor.

VI.

Außer den Vorteilen, die sich aus dem Überflüssigwerden dieser Grenzziehung ergeben, findet sich auch in den Folgen noch

ein wichtiger Umstand, der für die hier vertretene Ansicht spricht. Er liegt auf dem Gebiet der Verjährung. Stellt man nämlich mit der herrschenden Meinung die Lieferung anderer Sachen der Nichterfüllung gleich, so ist die Verjährungsfrist die gewöhnliche unverkürzte (vgl. SeuffArch. Bd. 58 S. 135; and. M. OLG. Bd. 10 S. 341). Dagegen muß bei Zugrundelegung der hier vertretenen Ansicht naturgemäß auch die Bestimmung des § 477 BGB. gelten und die dort festgesetzte kurze Verjährung Platz greifen, wenn man dem Käufer die Ansprüche auf Wandlung. Minderung, Nachlieferung oder Schadensersatz zubilligt. Wenn diese zeitliche Beschränkung in der Geltendmachung seiner Ansprüche für den Käufer eine Härte zu enthalten scheint, so darf man sich daran nicht stoßen. Einmal stehen diesem Nachteil die größeren Vorteile gegenüber, die sich für den Käufer aus der Zubilligung der Gewährleistungsansprüche ergeben. Zum anderen sind gerade bei der Verjährung ähnliche Härten auch sonst nicht zu vermeiden. Es sei nur darin erinnert, daß z. B. der Käufer, der beim Specieskauf den Mangel erst nach länger als 6 Monaten findet, seine Rechte nicht mehr geltend machen kann. Endlich aber entspricht das Ergebnis bezüglich der Verjährungskürzung so sehr dem Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs, daß schon deswegen jene Bedenken zurücktreten müssen. Der Grund, welcher die Einführung der kurzen Verjährungsfrist gerade für den Kauf veranlaßt hat, ist einesteils darin zu suchen, daß ganz besonders die Kaufgeschäfte zu einer „glatten Abwicklung in kurzen Fristen geführt“ werden sollen (RG. in DJZ. 1905 Nr. 20), weil die Feststellung von Mängeln „nach Verlauf langer Zeit kaum ausführbar und für den Verkehr die Zulassung des Zurückgreifens auf solche Mängel nach längerer Zeit im höchsten Grade lässig und hemmend ist“ (Mot. Bd. 2 S. 238). Anderenteils hat das Bürgerliche Gesetzbuch nicht, wie das Handelsgesetzbuch, den Schutz des Verkäufers gegen verspätete und daher schwer kontrollierbare Bemängelung seitens des Käufers ausschließlich dadurch herbeizuführen gesucht, daß es dem Käufer die unverzügliche Rügepflicht auferlegt, sondern lediglich dadurch, daß es für die Geltendmachung der Rechtsbehelfe des Käufers die kurzen Verjährungsfristen festsetzte.

Dieselben Erwägungen treffen aber auch zu für den Tat-

bestand der Anderslieferung. Ein Grund, dem Käufer hier eine längere Frist zuzubilligen, ist nicht zu erkennen. Den Vorteilen, die der Käufer genießt, indem seine Ansprüche nach den besonders einfach gestellten Vorschriften über die Gewährleistung beurteilt werden, entspricht die Verpflichtung, auch an seinem Teile für eine schnelle Erledigung aller hiermit zusammenhängenden Fragen zu sorgen. Und das um so mehr, als in der Regel die Fälle der sogenannten Anderslieferung noch weit eher zu erkennen sein werden als die der mangelhaften Leistung.

Einen gewissen Ausgleich erfährt übrigens die Abkürzung der Verjährungsfrist auch noch durch die dem Käufer jetzt noch zugute kommenden Ausnahmen der §§ 477, 478 BGB. Er kann die Verjährungsfrist vertragsmäßig verlängern und hat keine Verjährung seiner Einreden mit dem Anspruch zu befürchten, wenn er vor Eintritt der Verjährung den Mangel dem Käufer angezeigt hat.

Daß sich übrigens auch unabhängig von der hier vertretenen Grundanschauung in Theorie und Praxis das Bedürfnis nach Abkürzung der Verjährungsfrist für die in Rede stehenden Fälle geltend macht, zeigen der Standpunkt Staubs Bd. 2 § 378 N. 5, Fischer a. a. O. S. 218 und die Entscheidung des OLG. Hamburg (Rechtspr. Bd. 10 S. 341 ff.).

VII.

Zum Schluß seien an einigen Beispielen die verschiedenen Fragen nochmals zur Darstellung gebracht und gleichzeitig eine Probe aufs Exempel gemacht.

Wenn dabei zunächst mehr unter Beiseitelassung der objektiven Bedeutung, welche die Leistung des Verkäufers hätte, überwiegend der Glauben, die Auffassung und die Absicht des Verkäufers die Grundlage der Beurteilung bilden, so geschieht das aus dem Grunde, weil mit dieser Arbeit dem Käufer ja ohnehin Rechtserleichterungen gegeben werden sollen, eine Benachteiligung seinerseits mithin kaum in Frage kommt. Zu prüfen wäre an den folgenden Beispielen daher vor allem, ob die Erweiterung der Käuferrechte eine unbegründete oder unbillige Benachteiligung des Verkäufers zur Folge hat. Dazu ist dann aber

wiederum das Verhalten des Verkäufers von seinem subjektiven Standpunkt aus, seine Erwägungen und Beweggründe an erster Stelle ins Auge zu fassen.

Die Prüfung der nach diesen Gesichtspunkten aufgestellten Beispiele nach der Seite hin, ob das Verhalten des Verkäufers objektiv anders zu beurteilen ist als nach seiner subjektiven Auffassung, ob insbesondere die Sendung als Angebot einer Vertragsänderung aufgefaßt werden muß, interessiert hier nur so weit, als sie bereits oben S. 36/37 vorgenommen ist.

1. Erhält der Käufer statt des bestellten Moselweines einen Rheinwein, der nach dem Korken schmeckt (vgl. Schröder S. 90), so ist die Rechtslage doch nicht anders, als wenn er den bestellten Moselwein mit demselben „Mangel" bekommen hätte. Dagegen, daß dem Käufer in beiden Fällen das Recht zuzubilligen sei, Wandlung, Minderung oder Lieferung einer mangelfreien Sache zu begehren, spricht m. E. nichts. Warum sollte der Käufer in solchem Falle auch nur auf die schwerfälligen Handhaben angewiesen sein, welche die „Nichterfüllung" gibt?

Und ist es nicht ein erstrebenswertes Ergebnis, daß die Abkürzung der Verjährungsfrist in einem solchen Falle auf die Abwicklung des ganzen Rechtsgeschäftes beschleunigend einwirkt?

2. Sendet der Verkäufer dem Käufer statt des bestellten Moselweines einen an sich guten Rheinwein, so sind, angenommen, daß dies eine Anderslieferung ist, nach den früher gegebenen Erwägungen drei Möglichkeiten vorhanden:

a) Entweder hat der Verkäufer in der Annahme, diese Weinsorte genüge den Anforderungen, die der Käufer nach dem Vertrage an den zu liefernden Wein stellen könne, den ursprünglichen Kaufvertrag mit der Übersendung erfüllen wollen. In diesem Falle muß es sich der Verkäufer doch konsequenterweise auch gefallen lassen, daß der Käufer den übersandten Wein als Kaufobjekt behandelt und, wenn sich die Abweichung, entgegen der Annahme des Verkäufers, als ein Fehler in der Brauchbarkeit darstellt, Wandlung, Minderung oder Neulieferung verlangen kann. Geradezu unbillig würde es doch sein, zu verlangen, daß der Käufer nun erst, da ein aliud = 0 geliefert sei, den Käufer mahnen, ihm eine Nachfrist setzen und dann erst — auch noch

ein Verschulden des Verkäufers vorausgesetzt — nur zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehren könne. Daß er dabei noch in den oben dargelegten Zweifel, ob „aliud“ oder „mangelhaft“, gedrängt wird, und daß er es sich gefallen lassen müßte, daß der Verkäufer, dessen Lieferung ja = 0 ist, diese als nicht geschehen behandeln und wieder anders liefern könnte, trägt dazu bei, dieses Ergebnis als unpraktisch und unbillig erscheinen zu lassen.

Nach der mit dieser Arbeit vertretenen Ansicht würde, ganz gleichgültig, ob die Lieferung des Rheinweines als mangelhafte oder Anderslieferung betrachtet wird, die Konkretisierung mit der erkennbaren Ausscheidung eintreten, die Gefahr mit der Absendung übergehen und Wandlung, Minderung oder Neulieferung gemäß §§ 459 ff., 480 BGB. vom Käufer verlangt werden können, sowie endlich die kurze Verjährung von 6 Monaten Platz greifen.

Daß dieses Ergebnis sich mit den gesetzlichen Vorschriften vereinbaren läßt, glaube ich oben nachgewiesen zu haben. Daß es billig ist, lehrt, wie dieses, jedes andere Beispiel, das aus dem Leben entnommen werden kann.

b) Eine andere Möglichkeit ist die, daß der Verkäufer geglaubt hat, der übersandte Wein sei Moselwein. Die Unbilligkeit, die hier darin liegen könnte, daß der Käufer nun den an sich vielleicht wertvolleren, für den Käufer jedoch minderwertigen Rheinwein behalten und Minderung verlangen wollte, kann nicht zur Geltung kommen, da dem Verkäufer ja zu ihrer Vermeidung der Weg der Anfechtung wegen Irrtums, bezw. der Rückforderung nach § 812 offen stände.

c) Hat sich der Verkäufer, der etwa keinen Moselwein mehr hatte, gesagt: „Ich will dem Käufer nicht den bestellten Moselwein, sondern eine entsprechende Sendung Rheinwein zukommen lassen, der ja für ihn ebenso gut oder noch besser brauchbar ist“, und läßt er diese Absicht erkennen, so liegt darin ein neuer Vertragsantrag, der dann, falls der Käufer sich darauf einläßt, die Grundlage eines neuen Kaufes bildete, ohne daß für eine Gewährleistung nach der Maßgabe des ursprünglichen Vertrages Raum wäre. Läßt hierbei das Verhalten des Verkäufers Zweifel zu, die den Käufer veranlassen, den Fall nach der Art des Tatbestandes zu

a) zu behandeln, so muß doch zweifellos den hieraus entstehenden Nachteil der Verkäufer und nicht der ahnungslose Käufer tragen. Überhaupt wird man bei ähnlichen Fragen stets dazu neigen, dem Verkäufer und nicht dem Käufer die ungünstigere Stellung bei abweichender Lieferung zuzuweisen, indem man erwägt, daß der Verkäufer seine Ware besser kennen muß als der Käufer.

Die in diesem Zusammenhange auftauchende Frage, ob nicht die Übersendung und Annahme des aliud stets eine Änderung des ursprünglichen Vertrages enthalte in der Weise, daß jetzt das Gelieferte als Gegenstand der Vertragslieferung zu behandeln sei, so daß also auf diese Weise dem Käufer die Rechte aus der Gewährleistung erwachsen, ist, rein nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs betrachtet, zu verneinen. Es gibt in diesem Gesetz keine Bestimmung, welche dahin lautete oder eine solche Ansicht rechtfertigte. Eben aus diesem Grunde ist ja die herrschende Meinung, daß Anderslieferung wie Nichterfüllung schlechthin zu behandeln sei, entstanden.

Dagegen ließe sich auf einem Umwege zu jenem Ergebnis in gewissem, beschränktem Umfange gelangen, worauf im folgenden Abschnitt noch kurz eingegangen werden soll.

VIII.

Dieser Weg nimmt seinen Ausgang von den §§ 377/378, HGB., die in gewisser Weise Anderslieferung und mangelhafte Lieferung gleichstellen, insbesondere eine Genehmigung des Käufers auch bei ganz andersartigen Waren für möglich erklären. Es ist nämlich der Gedanke aufgetaucht (vgl. L i t t a u e r - M o s s e, HGB. Anm. 1 zu § 378 und die dort angeführten Entscheidungen; F i s c h e r a. a. O. S. 218), daß, da „Bürgerliches Gesetzbuch und Handelsgesetzbuch als ein einheitliches Gesetzgebungswerk zu behandeln sind“ (OLG. Hamburg, Rechtspr. Bd. 10 S. 342), jene Paragraphen auch subsidiäre Anwendung auf die Gewährleistungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu finden hätten.

Diese Ausdehnung der handelsrechtlichen Vorschriften würde dann aber zunächst nur die Folge haben, daß Anderslieferung auch nach bürgerlichem Recht nicht schlechthin der Nichtlieferung gleichgestellt werden dürfte, sondern nur in einer Beziehung,

nämlich soweit die Anzeige der Mängel in Frage kommt, der mangelhaften Lieferung (mit den im § 378 HGB. vorgeschriebenen Einschränkungen) gleichzustellen wäre. Das würde für den Verkäufer den Vorteil haben, daß er in vielen Fällen, bevor der Käufer gemäß § 326 BGB. seine Rechte auf Schadensersatz oder Rücktritt vom Vertrage geltend machte, statt der gelieferten Ware andere, der bestellten Gattung angehörige, liefern könnte. Diese Möglichkeit ist ihm aber andererseits bereits durch die Fristsetzung an die Hand gegeben, zu der § 326 den Käufer vor Geltendmachung seiner Rechte verpflichtet. Die weitere Folge der Ausdehnung des § 378 HGB. wäre die, daß, falls der Käufer bei der Anderslieferung die Mängel nicht anzeigen würde, seine Genehmigung auch bei dieser in den genannten Fällen angenommen würde. In dieser Genehmigung läge dann aber zugleich folgerichtig ein Verzicht auf Geltendmachung der Mängel, soweit sie eben in der aliud-Eigenschaft der Ware begründet wären. Der Käufer könnte dann aber nicht wandeln und mindern. Gerade dieses Recht soll ihm aber mit dieser Arbeit zugesprochen werden. Also genügt auch jener Umweg nicht, um das hier als erstrebenswert Hingestellte zu erreichen.

Übrigens halte ich die Ausdehnung jener handelsrechtlichen Vorschriften auf das bürgerliche Recht nicht für gerechtfertigt. Keinesfalls haben sie die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuchs gewollt, sonst hätten sie, denen doch die betreffenden Bestimmungen des Handelsgesetzbuches bekannt waren, diese unzweifelhaft in das Bürgerliche Gesetzbuch übernommen. Aber auch abgesehen davon halte ich eine derartige Ergänzung des Bürgerlichen Gesetzbuchs durch ausdehnende Auslegung nicht für statthaft, weil gerade jene Vorschriften des Gesetzes für das Handelsrecht einen ganz anderen Zuschnitt haben, als die des bürgerlichen Rechts. Jene gehen von ganz anderen Voraussetzungen aus als diese; besonders was Beruf, Gepflogenheit und kaufmännische Art anlangt. Sie würden den bürgerlichen Rechtsverkehr in zu starre „geschäftsmäßige" Formen pressen, als daß man ihre Kenntnis, die Fähigkeit zu ihrer Anwendung und die in ihnen vorausgesetzte Warenkenntnis von jedem „Bürger" verlangen könnte. Auch der innere Grund für jene detaillierte Regelung des Geschäftsverkehrs,

die für den Kaufmannsstand mit seiner Buchführung, der Vielheit seiner Geschäfte und der bei ihnen meistens beschäftigten, zahlreichen gewerblichen Hilfskräfte notwendig sind, entfällt für die Kaufgeschäfte in den anderen Kreisen. Doch zeigt das Bestehen jener Ansicht in gewisser Weise, daß sich das Bedürfnis geltend macht, Anderslieferung und mangelhafte Lieferung in ihren Wirkungen einander zu nähern.

Zusammenfassend wäre zu sagen: Die Ausführungen ergeben, daß Recht und Billigkeit die Beseitigung der Unterscheidung zwischen mangelhafter und Anderslieferung beim Gattungskaufe fordern. Zu welch großen Schwierigkeiten die Aufrechterhaltung der Unterscheidung führt, und wie unpraktisch sie für eine schnelle Abwickelung der Kaufgeschäfte ist, dürfte auch klargelegt sein. Daß endlich der Weg, der hier zur Beseitigung der Unterscheidung vorgeschlagen wird, mit den in Frage kommenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs vereinbar ist, glaube ich nachgewiesen zu haben. Schließt man sich meinen Ausführungen an, so muß man den Satz gelten lassen: Hat der Verkäufer zur Erfüllung eines Gattungskaufes nach Treu und Glauben geliefert, so bedarf es nicht der Entscheidung, ob „mangelhaft“ oder „anders“ geliefert ist, sondern es stehen dem Käufer gleichmäßig die Gewährleistungsansprüche nach §§ 459, 480 BGB. zu.

Die Gegner dieser Auffassung werden wenigstens eine entsprechende Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit mir für wünschenswert halten. Sie könnte erfolgen durch einen Zusatz zu § 480 BGB. folgenden Inhalts: Als Fehler gemäß § 459 ist es auch anzusehen, wenn die zur Erfüllung gelieferten Sachen einer anderen als der bestellten Gattung angehören.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Druckfehlerberichtigung.

1.	S. 34	Zeile 6	v. oben:	**sind** statt ist.
2.	„ 34	„ 4	„ „	diejenige**n**.
3.	„ 39	„ 13	v. unten:	aus**f**allen.

Lebenslauf.

Ich bin geboren zu Enger i. Westfalen am 8. März 1879 als ältester Sohn des Kaufmanns Ernst Pörtner und seiner Ehefrau Ottilie geb. Meiners. Nach Besuch der heimatlichen Volksschule kam ich, durch Privatstunden vorbereitet, auf die Untertertia des Gymnasiums zu Gütersloh. Dieses verließ ich Herbst 1899 mit dem Reifezeugnis. Dann habe ich in Erlangen, Marburg und Berlin die Rechte studiert, im April 1903 in Cassel meine Referendarprüfung und, nachdem ich meiner Militärpflicht in Leipzig genügt hatte, im Dezember 1908 in Berlin das Assessorexamen bestanden. Als Assessor habe ich einen Notar und einen Anwalt am Oberlandesgericht vertreten, bei den Staatsanwaltschaften Posen und Essen gearbeitet, wo ich das Zeichnungsrecht erhielt, und eine Hilfsrichterstelle beim Amtsgericht Vlotho a. d. Weser innegehabt. Bei Ausbruch des Krieges, den ich beim Inf.-Rgt. 179, welchem ich als Hauptmann der Reserve angehöre, mitgemacht habe, habe ich mich verheiratet. Am 1. Oktober 1914 wurde ich Amtsrichter in Recklinghausen.

Die bereits früher in Angriff genommene Dissertation habe ich im Kriege während einer Kommandierung zu einem Feld-Rekruten-Depot vollendet.

Dr. Pörtner.